REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXVI
SEGUNDA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA



CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

PRIMER TRIMESTRE DE 1992

Presidente
Alvaro Lecompte Luna

Vicepresidente
Clara Forero de Castro

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente

Yesid Rojas Serrano
Miguel González Rodríguez
Libardo Rodríguez Rodríguez

Víctor M. Villaquirán
Secretario

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruiz
Presidente

Clara Forero de Castro
Dolly Pedraza de Arenas
Alvaro Lecompte Luna
Reynaldo Arciniegas Baedecker
Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Daniel Suárez Hernández
Presidente

Carlos Betancur Jaramillo
Juan de Dios Montes Hernández
Julio César Uribe Acosta

Ruth Stella Palacios Correa
Secretaria

SECCION CUARTA

Consuelo Sarria Olcos
Presidenta

Jaime Abella Zárate
Guillermo Chahín Lizcano
Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente

Miren de la Lombana de Magyaroff
Amado Gutiérrez Velásquez
Jorge Penen Deltieure

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Jaime Betancur Cuartas
Presidente

Javier Henao Hidrón
Humberto Mora Osejo
Jaime Paredes Tamayo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

1a. Libia Zulua Uribe
2a. Edne Cohen Daza
3a. Jaime Ossa Arbeláez
4a. Jairo Maya Betancourt
5a. María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Margarita Olaya de Obando
7a. Gloria Aldas Gracia (E)
8a. Luz Stella Pena de Méndez
9a. Inés Hurtado Cubides
10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

María del Pilar Espinosa Salazar
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

SECTION

THREE

FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE

Colpuertos con desconocimiento de las obligaciones resultantes de sus deberes de conservación, cuidado y custodia del café que la demandada le había entregado, permitió su disposición para exportarlo por parte de quien no se lo había entregado ni había sido autorizado por la consignataria, ni ésta en forma alguna lo había permitido. La actuación permisiva de la empresa demandada configuró una falla en el servicio, de la cual la firma demandante derivó daños considerables, pues las mercancías que ésta había introducido para su exportación, fueron entregadas a persona distinta de quien las recibió y además no actuaba como mandataria de la consignataria, sino en el ejercicio de un poder cuya legalidad, eficacia y validez resulta inaceptable.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6176. Actor: Almacenes Generales de Depósito de Caldas "Alcaldas S.A.".

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de marzo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual dispuso denegar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones.–

La Compañía ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CALDAS, S.A. "ALCALDAS", en ejercicio de la acción de reparación directa el 20 de marzo de 1986, demandó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena a la Empresa Puertos de Colombia, "COLPUERTOS" y solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: La Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, "COLPUERTOS", es responsable frente a la demandante ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CALDAS S.A. 'ALCALDAS' por no haberle restituído, debiendo hacerlo, la cantidad de Mil Trescientos Cincuenta (1.350) sacos de café de Exportación 'Excelso', depositados en sus bodegas del terminal de Santa Marta por el consignatario de dicha mercancía 'ALCALDAS S.A.' para ser exportados.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, debe pagar a 'ALCALDAS S.A.', o a quien sus derechos represente los perjuicios materiales (Daño emergente y Lucro cesante) en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso, y su liquidación se efectuará por el procedimiento señalado en el Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"TERCERA: El monto de los perjuicios deberá actualizarse al valor adquisitivo de nuestra moneda, en la fecha de la sentencia.

"CUARTA: Que se condene a la demandada a pagar los intereses moratorios comerciales sobre la indemnización que se liquide, desde la fecha en que 'ALCALDAS S.A.' depositó su mercancía (5 de diciembre de 1984) hasta que se produzca el pago de la indemnización". (Fols. 1 y 2).

2. Fundamentos de hecho.–

Se encuentran relacionados así en la demanda:

"I) LOS ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CALDAS S.A. 'ALCALDAS' entregaron al Terminal Marítimo de Santa Marta, Mil Trescientos Cincuenta (1.350) sacos de café 'Excelso' para exportación. Dicha mercancía es de propiedad de la Empresa 'COMERCIALIZADORA CAFETERA COLOMBIANA LTDA.', quien constituyó a 'ALCALDAS S.A.' como consignatario de las mismas.

"II) La mercancía mencionada corresponde a los lotes de café Nos. 0011 - 0012 - 0013 - 0014 - 0015 y 0016, los cuales fueron depositados en el

citado terminal con fecha cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), tal como se expresa en las órdenes de descargue Nos. 012586 - 012585 y 012642 expedidas por PUERTOS DE COLOMBIA, las que se adjuntan en fotocopia auténtica.

"III) La calidad de consignatario de 'ALCALDAS S.A.' se expresa en las citadas órdenes de descargue, al igual que en las Relaciones de Mercancías Recibidas, expedidas por PUERTOS DE COLOMBIA y distinguidas con los Nos. 130404 - 07534 - 07532 y 13404.

"IV) En los Comprobantes de Entrega Nos. 09644 - 09645 - 0944 creados por la Cooperativa de Transportadores del Risaralda Ltda. se expresa que el destinatario del mencionado café es 'ALCALDAS S.A.'.

"V) Sin mediar autorización de ninguna naturaleza por parte del consignatario 'ALCALDAS S.A.', Puertos de Colombia dispuso de la mercancía entregándola a un tercero, al parecer la firma 'PAN SERVICIOS LTDA.', y sin que mi mandante endosara los documentos pertinentes que lo acreditan como consignatario.

"VI) 'ALCALDAS S.A.' en su condición de depositario y Consignatario del café, emitió sobre el mismo, el Certificado de Depósito No. 556 Título No. 00732 con fecha 26 de julio de 1984, en favor de la Sociedad 'COMERCIALIZADORA CAFETERA COLOMBIANA LTDA.', frente a quien asumió la obligación de restituir la mercancía que dicho título incorpora, en los términos del Artículo 1181 y ss. del Código de Comercio, y del Artículo 8o. del Decreto 356 de 1957, norma ésta que estipula: 'Los Almacenes Generales de Depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso serán responsables por pérdidas, mermas o averías que se causen por fuerza mayor o caso fortuito, ni por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel, en silos o recipientes análogos; ni responsables por el Lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías, quedando limitada su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los Almacenes, al valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad'.

"De otra parte, 'ALCALDAS S.A.', emitió el Bono de Prenda No. 00732 de fecha 26 de julio de 1984, en favor del Banco Cafetero International Co. New York y Banco de Caldas, por valor de TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($30.879.750.oo) M/CTE., para garantizar el crédito prendario que en él se incorpora, sobre las mercancías amparadas por el mencionado certificado de Depósito No. 556. Dicha suma fue desembolsada por los citados

bancos, motivo por el cual 'ALCALDAS S.A.' en razón de las obligaciones cartulares asumidas con motivo de la creación de los títulos Valores ya descritos, deberá cancelarles el principal y los Intereses de tales créditos prendarios al igual que los demás adeudados pero sin que hubiese recobrado hasta la fecha, el producto de la exportación del café, ni mucho menos que 'PUERTOS DE COLOMBIA', le haya restituído la mercancía que le depositó en sus bodegas, mediante un *Depósito necesario*, y a fin de que pudiera efectuarse la exportación, todo lo cual viene a configurar los perjuicios que ahora se reclaman.

"VII) Por solicitud de 'ALCALDAS S.A.' el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta, practicó una Inspección Judicial Anticipada, en la cual pudo establecerse con toda claridad las irregularidades y fallas en que incurrió 'COLPUERTOS' al haber dispuesto indebidamente de la mercancía introducida por mi mandante. En dicha diligencia se recogieron los documentos que ahora se acompañan como prueba, a saber: Ordenes de Descargue Nos. 012586 - 012585 y 012642, al igual que Relaciones de Mercancías Recibidas Nos. 130404 - 07534 - 07532 y 13404".

En el siguiente aparte de su libelo introductorio la actora resume lo fundamental de sus pretensiones:

"El hecho administrativo realizado por la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, consistió en haber dispuesto arbitraria e insólitamente de una mercancía que no le pertenecía, que le había sido entregada a título de Depósito Necesario por 'ALCALDAS S.A.' para su exportación, habiéndola restituído a un tercero que no era quien la había introducido al Terminal Marítimo, tampoco era su dueño ni mucho menos su consignatario, conducta ésta que trajo como consecuencia la pérdida de la mercancía y de su precio para 'ALCALDAS S.A.', quien había emitido sobre la misma los títulos mencionados en favor de los Bancos, debiendo pagar a dichas entidades crediticias el importe de tales bonos". (Fol. 4).

3. El trámite del proceso.–

La Empresa Puertos de Colombia dio contestación a la demanda, oponiéndose a las peticiones de la misma aceptó como ciertos algunos de los hechos, desconoció los demás remitiéndose a su demostración en el juicio, proponiendo como excepción la "Inexistencia de la obligación" por considerar que la actuación de la empresa había sido correcta, al atender "la orden de persona legítimamente autorizada para solicitar la exportación de los 1.350 sacos de café". Sobre el particular solicitó las pruebas que a su juicio eran pertinentes para defensa de sus intereses.

Fijado el proceso en lista y cuando procedía decidir sobre las pruebas solicitadas, el Tribunal Administrativo del Magdalena determinó que por ser

el presente un asunto relacionado con la Empresa Puertos de Colombia "la jurisdicción competente ha de ser la ordinaria" y consecuencialmente decretó la nulidad de toda la actuación, incluído el auto admisorio de la demanda, decisión de la cual la parte actora recurrió en apelación.

Previa definición pericial de la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, por razón de la cuantía, el *a-quo* concedió el recurso interpuesto, el cual lo decidió la Sala y dispuso revocar en todas sus partes la providencia impugnada porque "... en el asunto *sub-júdice*, se trata de un caso de depósito necesario para poder realizar la exportación, mediante el cumplimiento de distintos trámites administrativos e impositivos, todos los cuales quedan comprendidos dentro de las actuaciones administrativas que ésta clase de empresas deben cumplir por ministerio de la ley. Y, por lo mismo, de las controversias que surjan por razón de tal depósito necesario, debe conocer, en forma exclusiva, la jurisdicción contencioso-administrativa". (Lo subrayado es del texto).

Culminado el período probatorio, recaudados el alegato de fondo de la parte actora y el concepto del Agente del Ministerio Público, previa decisión adversa del incidente de nulidad propuesto por la demandada por falta de integración del litis consorcio necesario, el Tribunal profirió sentencia el 30 de marzo de 1990 y denegó las pretensiones de la actora.

En su alegato de conclusión, sostuvo el señor apoderado de la actora, en reiteración de las tesis impuestas en su libelo inicial, que por parte de la Empresa Puertos de Colombia hubo un hecho dañoso que surgió de la disposición irregular que hizo de una mercancía al entregársela a un tercero que no la había introducido al Terminal. Esa entrega irregular constituye una falla del servicio y originó la pérdida de la mercancía en perjuicio de la firma demandante; estructurándose así los elementos integrantes de la responsabilidad patrimonial de la empresa demandada.

Para el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal, "Es obvio que el Terminal Marítimo incurrió en una falla del servicio al entregar los 1.350 bultos de café a una Agencia que no estaba facultada por el consignatario para reclamarla y si con ello causó un perjuicio debe entonces indemnizar el daño causado". (Fol. 161).

4. La sentencia recurrida.–

Se considera en el fallo recurrido que entre "Alcaldas S.A." y la empresa Puertos de Colombia no existe, ni existió vínculo contractual de transporte o de depósito mercantil por lo que resulta procesalmente viable la acción de reparación directa. Además se afirma que por no ser Puertos de Colombia parte en el contrato de transporte del café no le es oponible la calidad de consignataria que alega en su favor la sociedad demandante.

Estima el Tribunal que quien introdujo el café en el Terminal Marítimo de Santa Marta fue la Comercializadora Cafetera Colombiana por intermedio de empresa transportadora y no ALCALDAS, de donde concluye que ésta empresa no fue la que constituyó el depósito en Colpuertos, razón por la cual "su derecho a reclamar la mercancía no es incuestionable o absoluto, excluyente".

También se sostiene en el fallo recurrido que en virtud de su doble condición de remitente y propietaria del café, la Comercializadora Cafetera Colombiana podía varias el destinatario y confiar a otra entidad el trámite de la exportación, como en efecto lo hizo al otorgar poder a la firma de Aduanas "Pan Servicios Ltda.", que fue la gestora de la exportación al satisfacer los requisitos exigidos por la Empresa Puertos de Colombia.

Para el *a-quo* resulta fundamental la existencia de la carta de porte que le permitía al remitente, o sea, a la Comercializadora Cafetera Colombiana asumir directamente el carácter de destinatario o bien entregar a Pan Servicios dicho documento para que fuera esta empresa la que reclamara el café y lo exportara. Precisamente porque Alcaldas no tenía en su poder la carta de porte, no podía endosarla, como condición previa de entrega del café por parte de la empresa demandada. Se sostiene además, que ante la falta de comprobación de las circunstancias alegadas por las partes respecto del poder utilizado, cuya legalidad, de un lado, cuestiona el demandante y del otro, respalda la demandada, el hecho dañoso carecería de plena comprobación, y consecuencialmente no configuraría la responsabilidad de la empresa demandada.

Argumenta también el fallador de primera instancia, que dado el lugar del embarque, distinto al de la ciudad en donde supuestamente se encontraba depositado el café, y efectuado por quien no era su tenedor, ni depositario, "salta a la vista que no se trata de un mismo café, así la cantidad y su valor sean equivalentes o por lo menos permite abrigar la razonable duda sobre su identidad o unicidad".

Para concluir, sostiene el *a-quo* que,

"Todo lo anterior conduce a la incertidumbre total sobre la causación de perjuicios a ALCALDAS S.A. por razón de la entrega que hizo COLPUERTOS del café depositado por COMERCIALIZADORA CAFETERA COLOMBIANA a la firma PAN SERVICIOS. Si algún perjuicio derivó ALCALDAS S.A. éste provino del desconocimiento de su carácter de consignatario frente a y por su otra parte (sic) en el contrato de transportes, la COMERCIALIZADORA CAFETERA COLOMBIANA, perjuicio de orden contractual, que no guarda relación con las funciones de servicio público asignadas a PUERTOS DE COLOMBIA en materia de depósito de mercancías para exportación.

"Huelga concluir que el actor no ha dado, entonces, la prueba suficiente de la ocurrencia tanto de la falla del servicio como del perjuicio alegado; y siendo ello punto esencial para la prosperidad de la acción intentada, sus pretensiones quedan llamadas a no ser aceptadas". (Fol. 169).

5. La segunda instancia.–

La parte actora recurrió en apelación contra la anterior decisión y sustentó el recurso en escrito visible a folios 171 a 190, donde sostuvo que no acierta el Tribunal cuando pretende "que las acciones indemnizatorias que aquí se reclaman devienen de la celebración de un contrato de transporte, pues resulta evidente que dicho contrato no existe ...". Además, afirma que la calidad de consignatario no la adquirió "ALCALDAS" por razón de ser transportador, "sino porque la misma le fue otorgada o concedida libre y voluntariamente por el propietario de la mercancía y no en razón de un contrato mercantil en particular".

En cuanto a la Carta de Porte que menciona el Tribunal, sostiene la apelante que "no existe ni existió, ni obra en el proceso, ella es apenas una invención del H. Tribunal, sin poderse advertir con qué propósito", a más de que no es posible considerar que las órdenes de remisión o comprobantes de entrega se puedan tener como Cartas de Porte. Lo anterior conduce al accionante a contradecir la tesis del *a-quo* en cuanto afirma que "la Comercializadora Colombiana teniendo en su poder la Carta de Porte, tuvo siempre el derecho de ordenar que la mercancía sea entregada a persona distinta de la señalada originalmente". Concluye que "no es verdad, en síntesis, la existencia de una Carta de Porte", porque los derechos de Consignatario de Alcaldas S.A., no emanan de ese título valor, sino "que le fueron otorgados y se expresan en las órdenes de descargue Nos. 012586, 012587 y 012642 emitidas por Puertos de Colombia, lo mismo que en relación de mercancías recibidas, expedidas por PUERTOS DE COLOMBIA y distinguidas con los Nos. 130404 - 07534 - 07532 y 134404 y también se expresa en los comprobantes de entrega u órdenes de remisión Nos. 09644 - 09645 y 09400"; que ALCALDAS S.A. no necesitaba endosar en favor de Puertos de Colombia el original de la Carta de Porte, como condición para la entrega del café por Colpuertos, como erróneamente se afirma en el fallo.

Sostiene el recurrente que no es cierta la afirmación del Tribunal, según la cual Alcaldas S.A. no introdujo el café en el Terminal, pues su propio representante así lo declaró.

Sobre las afirmaciones contenidas en el fallo impugnado, según las cuales el café introducido al Terminal para exportarlo, no era el mismo que Alcaldas S.A. ordenó trasladar desde Pereira, o por lo menos permite abrigar una duda razonable sobre su identidad, expresa el apelante que tales manifestaciones "confiesan y denotan que el H. Tribunal no se tomó la molestia

de estudiar y conocer las diferentes piezas procesales, a pesar de que en la demanda se relacionaron e identificaron los lotes correspondientes, en la misma forma que se hizo en las órdenes de remisión emitidas por la Cooperativa de Transportes del Risaralda y también en las órdenes de descargue de Puertos de Colombia.

Agrega el apelante que Alcaldas S.A., en su condición de depositario y consignatario del café, emitió sobre el mismo el Certificado de Depósito No. 556, Título No. 00732; que también emitió el Bono de Prenda No. 00732 del 26 de julio de 1984 en favor del Banco Cafetero Internacional. Como Alcaldas S.A. nunca otuvo el valor de la exportación del café para reembolsarle al banco descontante el crédito prendario, se vio en la necesidad de entregar a dicho banco, a título de dación en pago, su bodega ubicada en Manizales.

Por último, la firma accionante, concreta su inconformidad así: Alcaldas S.A. era depositaria de los 1.350 bultos de café que ella introdujo y entregó en el Terminal de Santa Marta; Alcaldas S.A. es el consignatario de esa mercancía y, por lo tanto, la única persona que podía variar el destino de la misma; Alcaldas S.A. se vio obligada a responder con su propio patrimonio por el crédito bancario contraído por cuanto el producto de la exportación no lo percibió la empresa demandante, de donde deriva la indemnización de perjuicios a su favor.

En la oportunidad procesal las partes alegaron de conclusión. La demandante reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso (Fols. 201 a 219) y la demandada, en brevísimo memorial, aboga porque se confirme la sentencia impugnada. (Fol. 275).

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Segunda de la Corporación considera en su concepto de fondo que la Administración obró conforme a la ley, "sin que pueda hablarse de falla de servicio". Sostiene la Agencia del Ministerio Público:

"Parece ser que entre ALCALDAS y la propietaria del café, la Comercializadora Colombiana, hubo un desacuerdo y posiblemente esta última incumplió las obligaciones comerciales, pues habiéndose beneficiado de un préstamo por valor de $30.879.750, según el certificado de depósito visible al folio 23, no ha respondido con esa obligación.

"El perjuicio que reclama la Sociedad Actora, no proviene del proceder de la Administración, sino de la conducta de quien aparece como dueño del café que al parecer no cumplió con un compromiso comercial. El contrato existente entre estas firmas comerciales se desconoce, pero todo indica que la gestión ante Puertos de Colombia, encomendada en un principio a AL-

CALDAS, la prosiguió y terminó la Sociedad Pan Servicios Ltda. por autorización expresa de la Comercializadora Colombiana Ltda.

"En el proceder de la Administración no existió ninguna anomalía, ni puede pretenderse que ella responda por la conducta de la Sociedad Comercializadora Colombiana que es un ente privado.

"Las pretensiones a que se refiere este proceso, al parecer tienen su origen en el incumplimiento comercial y para reclamar, la Sociedad Actora debió acudir a las acciones civiles pertinentes.

"Las razones expresadas en la sentencia para negar las pretensiones de la demandante, son compartidas por esta Agencia del Ministerio Público, en consecuencia se permite solicitar a la Sala se confirme la sentencia objeto del presente recurso". (Fols. 291 y 292).

Con posterioridad y cuando se iba a decidir el caso examinado, oficiosamente la Sala dispuso la práctica de varias pruebas que ya reposan en el expediente (Fls. 307 a 453) y que permiten proferir el presente fallo, en las condiciones y términos que enseguida se verán.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con miras a obtener una mejor claridad respecto de las distintas personas jurídicas que han intervenido en las diligencias que originaron este proceso, así como de sus actividades, la Sala hace las siguientes precisiones:

a) "Comercializadora Cafetera Colombiana Ltda., "era la empresa propietaria del café y dedicada a la exportación de dicho grano. A su favor ALCALDAS S.A., emitió sobre los 1500 bultos de café "Excelso", de propiedad de dicha firma, el Certificado de Depósito No. 556 – Título No. 00732 del 26 de julio de 1984. La sociedad primeramente mencionada figura además como remitente de los 1350 bultos de café "Excelso" enviados por intermedio de la Empresa "Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda." a Santa Marta.

b) "Pan Servicios Ltda.", fue la empresa encargada, como agente de aduanas, de tramitar la exportación de los bultos de café sobre los cuales se había emitido en favor de Comercializadora Cafetera Colombiana el Certificado de Depósito antes mencionado. Para efectuar el trámite de exportación utilizó un poder otorgado por la empresa antes nombrada.

c) "Cooperativa de Transportadores del Risralda Ltda.", fue la empresa encargada de trasladar desde Pereira hasta Santa Marta, los 1350 bultos de café "Excelso". En los comprobantes de entrega de esta empresa, figuran

como remitente: "Comercializadora Cafetera", y como destinatario: "Alcaldas". Descargó la mercancía en el Terminal Marítimo de Santa Marta.

d) "Almacenes Generales de Depósito de Caldas S.A. ALCALDAS, es la empresa demandante, emitió el Certificado de Depósito No. 556, Título No. 00732 de fecha 26 de julio de 1984 en favor de "Comercializadora Cafetera Colombiana Ltda.". También emitió el Bono de Prenda No. 00732 de 26 de julio de 1984 en favor del Banco Cafetero International Co. New York o Banco de Caldas por $30.879.750.oo para garantizar el crédito prendario que en él se incorpora sobre las mercancías amparadas con el Certificado de Depósito atrás referido. Aparece como destinatario de la mercancía enviada a Santa Marta y *figura como consignatario* en varios documentos de Puertos de Colombia. (Orden de Descargue y Relación de Mercancías Recibidas).

e) "Empresa Puertos de Colombia", recibió la mercancía aludida (1350 bultos de café), la guardó en sus bodegas y posteriormente autorizó la entrega a una firma distinta de la consignataria (Pan Servicios Ltda.), permitiéndole a ésta que efectuara la exportación.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala encuentra demostrado en este proceso lo siguiente:

1. Alcaldas S.A. emitió en favor de Comercializadora Cafetera Colombiana Ltda., el Certificado de Depósito Título No. 00732 de 26 de julio de 1984 sobre 1500 bultos de café Excelso. La fecha inicial de vencimiento fue el 25 de octubre de 1984, la cual fue prorrogada hasta el 31 de marzo de 1985. (Fol. 24).

2. Alcaldas S.A. expidió el Bono de Prenda, Título No. 00732 del 26 de julio de 1984 a favor de Banco Cafetero International Co. New York, o Banco de Caldas, para garantizar prendariamente el crédito que en él se incorpora, sobre las mercancías amparadas por el Certificado de Depósito mencionado, por valor de $30.879.750.oo cuyo vencimiento inicial era el 25 de octubre de 1984 y que fue prorrogado hasta el 31 de marzo de 1985. Con fecha 15 de abril de 1985 fue protestado este bono de prenda "por falta de pago". (Fol. 23).

3. La Cooperativa de Transportadores del Risaralda Ltda., efectuó el traslado de 1350 bultos de café Excelso desde Pereira hasta Santa Marta. En los Comprobantes de Entrega Nos. 09644, 09645 y 09499, figura como "Destinatario. ALCALDAS"; "Remitente COMERCIALIZADORA CAFETERA" y la manifestación: "Declaramos haber recibido a nuestra entera satisfacción los mencionados cargamentos", suscrita y sellada por Alcaldas S.A. (Fols. 20, 21 y 22).

4. En las Relaciones de Mercancías Recibidas, Nos. 07532, 07534 y 13404 expedidas por la Empresa Puertos de Colombia se detallan los lotes de

café que el Bodeguero de ésta recibió conforme a las órdenes de descargue números 012642, 012585 y 012586 también de la misma empresa. En uno de aquellos documentos figura como consignatario Alcaldas, en los demás está en blanco la respectiva casilla. (Fols. 12, 13 y 14).

5. En las órdenes de Descargue expedidas por Puertos de Colombia, Nos. 012586, 012585 y 012642, figura como "consignatario o propietario" ALCALDAS. En dos de ellas, entre paréntesis, se nombra a PAN SERVICIOS. Sin embargo, en "observaciones", se consigna que "LO CIRCULADO NO VALE". En los mismos documentos firma como "consignatario o propietario" ALCALDAS S.A. y como Agencia Marítima ALCALDAS S.A. y PAN SERVICIOS (entre paréntesis). (Fls. 9, 10 y 11).

6. La declaración del señor Humberto Días Herrera, permite deducir, sin duda alguna, que Alcaldas S.A. era la Consignataria del referido café. "... pese a que ese café *venía consignado a ALCALDAS* ... Ese café llegó por vía terrestre, *consignado a ALCALDAS S.A.* ...". (Fols. 17 y 18). (Subrayado fuera de texto).

7. La declaración del señor Laureano Van Leen, funcionario de Pan Servicios Ltda., reafirma la condición de consignatario de ALCALDAS S.A., al expresar: "Alcaldas consignó, se corrige, *los lotes en mención llegaron consignados a ALCALDAS, el mismo ALCALDAS los consignó en el puerto, es decir, los entregó en el puerto* ...". (Fol. 411). (El subrayado no es del texto).

8. La Comercializadora Cafetera Colombiana Ltda., quiso disponer del café dado en prenda al ordenar, a espaldas de Alcaldas S.A. y del Banco Cafetero International Corporation, que Pan Servicios Ltda. lo exportara. Lo anterior originó a cargo de Alcaldas S.A. el pago del valor de la obligación prendaria en favor de la entidad bancaria mencionada. (Fls. 200 - 203).

Para el Tribunal, la condición de consignataria alegada por Alcaldas S.A. resulta inoponible frente a Puertos de Colombia, porque esta empresa es ajena al contrato de transporte, no fue parte en el mismo, no como remitente, que lo fue la Comercializadora Cafetera de Colombia Ltda. de Pereira; ni como transportista que lo fue la Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda.; ni como destinatario, que lo fueron los Almacenes Generales de Depósito de Caldas S.A.

Para la Sala, resulta conveniente precisar algunos conceptos y situaciones con miras a fijar las bases teóricas sobre las cuales se decidirá el caso examinado.

Al respecto deben diferenciarse dos momentos distintos en la movilización del café desde la ciudad de Pereira hasta Santa Marta. El primero

de ellos se inicia con la contratación del transporte entre Comercializadora Cafetera Colombiana y la Cooperativa de Transportadores del Risaralda. Hasta aquí, Alcaldas S.A., no tiene claramente definida su condición de parte en dicho contrato, pues, a pesar del contenido del artículo 1008 del Código de Comercio, según el cual "se tendrán como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador, el remitente y el destinatario", lo cierto es que, por lo menos teóricamente, éste solo brinda su consentimiento *con posteriordad* a la celebración del contrato entre el remitente y el transportador. Obsérvese además como, en los términos del artículo 1023 del ordenamiento comercial (hoy artículo 31 del Decreto 0001 de 1990), el remitente tiene derecho a disponer la entrega de la mercancía "*a persona distinta del destinatario* designado en la Carta de Porte o en el conocimiento de embarque o sea solicitando su retorno al sitio de partida, siempre que el ejercicio de tal derecho *no ocasione perjuicio al transportador ni a otros remitentes* y con la obligación de reembolsar los gastos que motive ..." es decir, que excluye al destinatario de ser indemnizado. La misma disposición consagra que "El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al artículo 1024", es decir, "desde la llegada de la mercancía al punto del destino ..." o sea, cuando ya se ha cumplido la conducción o traslado de la mercancía pactado entre el remitente y el transportista. Sólo en ese instante, a la llegada de la mercancía o antes si el remitente le cede sus derechos, el destinatario adquiere realmente su calidad de parte en la mencionada relación contractual.

Advierte la Sala, que sobre la condición de parte del destinatario en el contrato de transporte de cosas, la doctrina nacional no ha logrado unificar sus criterios. El profesor Gabriel Escobar Sanín, considera que el destinatario no es parte en el contrato de transporte. En los siguientes apartes de su obra se concretan los fundamentos de su posición:

"La única manera de intervenir como parte una persona en la formación de un contrato es entrelazando su voluntad con la de otra u otras para crear el consentimiento sobre el mismo objeto de un determinado negocio (artículo 1502), esto es, ser el sujeto de un 'centro de intereses' o participar con otros en él, aunque aquella voluntad sea expresada por un tercero con poder convencional o legal para contratar en representación del principal interesado (artículo 1505). Es el verdadero concepto de parte, según la doctrina, pues el ingreso posterior de un sujeto a la relación jurídica, unas veces como beneficiario y otras como responsable, está previsto en situaciones diversas por preceptos independientes (artículos 1506, 1507 del Código Civil). Además, un sujeto extraño al negocio jurídico puede ligarse de diversas maneras a sus efectos sin tomar la calidad de parte, como ocurre en las relaciones entre el tenedor de una letra de cambio y su girador para los efectos de su aceptación o pago, en las de un heredero y un legatario para pago del respectivo legado, y con el contrato a favor de tercero.

"De manera que el contrato de transporte de cosas siempre está formado por el consentimiento del remitente, quien es la persona primeramente obligada, frente al transportador (artículos 2070 y 2075 del Código Civil y, 981, 1008, 1011, 1013, 1019, 1023, 1024 del de Comercio), y por el del transportador, quien es la parte primeramente obligada frente al expedidor (artículos 2070 y 2075 del Código Civil y 981, 982, 984, 989, 1008 a 1011, 1014 a 1019 y siguientes del Comercial); y en ocasiones por el del comisionista como sustituto (sin representación) del primero (artículos 2070 del Código Civil y 1312, 1313 del Comercial).

"El destinatario es una persona diputada por el remitente para recibir (artículos 1638 y 1642 del Código Civil y 1010 y 1024 del Comercial) y quien sólo entra en la relación contractual, que no ha contribuido a formar, en el momento en que cese el derecho del remitente (inciso 4o. del artículo 1023), esto es, 'desde la llegada de la mercancía al punto de destino', y haya sido aceptada por aquél, aunque el derecho haya surgido antes, si consintió previamente el contrato de transporte a su favor (artículos 1507 del Código Civil y 1009 del Código de Comercio)". (NEGOCIOS CIVILES Y COMERCIALES I, NEGOCIOS DE SUSTITUCION, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1987, págs. 123 y ss).

El profesor Jaime Aiberto Arrubla Paucar, sostiene que "no todas las legislaciones, ni algunos doctrinantes, aceptan tener como parte del contrato al destinatario y su posición jurídica trata de explicarse de diferentes maneras", entre las cuales menciona a quienes "explican la posición del destinatario, negando su carácter de parte, y considerándolo mejor como un cesionario de los derechos que tenía el remitente. ...", o a quienes afirman "que el transportador es gestor" de los negocios del destinatario. Un tercer grupo, sostiene que "el destinatario es un tercero beneficario de una estipulación para otro". Afirma el citado Comercialista que en el Código Italiano de 1942, seguido por nuestra legislación, el destinatario no se considera parte del contrato de transporte. "Se llama destinatario aquel a quien las cosas deben ser dirigidas. El mismo es un tercero, o sea un extraño al contrato, aunque se beneficie de él. El transporte de cosas, en tal caso, asume la figura del contrato a favor de terceros; y el destinatario adquiere un derecho propio: no el derecho del remitente". (Francisco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, citado por Arrubla Paucar. Pág. 257).

Sobre esta última posición, conceptúa el profesor mencionado que "es la más generalizada en la doctrina por adecuarse al propósito y realidad del contrato de transporte, sin embargo, ya anotamos anteriormente que para el legislador colombiano no se considera como parte del contrato, aunque en realidad de verdad, solamente podrá ejercitar su derecho para solicitar al transportador la entrega de la mercancía, desde que esta llegue a su punto de destino, derecho como se advirtió en la cita del profesor mexicano, está sujeto a condición suspensiva y negativa y a un plazo. Indudablemente el

legislador colombiano efectúa una ficción, al considerar parte del contrato al destinatario, quien posiblemente no ha dado su consentimiento desde un principio, pero, al tenerlo como parte, indudablemente se le está protegiendo su interés en el contrato. De todas maneras, en el art. 1009, el legislador mercantil, dio cabida a la primera de las teorías, al referirse en forma inequívoca a la posibilidad que tiene el destinatario de aceptar o no el contrato". (Contratos Mercantiles, Biblioteca Jurídica Dike, 1989, págs. 256 y ss).

El segundo momento, se presenta cuando Alcaldas S.A., recibe la mercancía del transportador y, por consiguiente, adquiere los derechos inherentes a su condición de destinatario. En tal ocurrencia, "el derecho del remitente cesará. ...", conforme al artículo 1023, de donde se concluye que a partir de su recibo por parte de Alcaldas S.A. de los 1350 bultos de café, éstos quedaron a su disposición y fue en ejercicio de esa facultad dispositiva que los entregó a Puertos de Colombia, en una actuación ajena e independiente del contrato de transporte, sin interesar quién era propietaria de las mercancías, porque esta titularidad no le otorga derecho alguno respecto de las acciones que derivan del contrato de transporte, donde quien las ejerce lo hace no porque sea el dueño de la mercadería, sino porque es *parte* en el contrato. En las anteriores condiciones, Alcaldas S.A. introduce la mercancía para cuya disposición tenía derecho, como consignataria, en las bodegas de la empresa demandada, con conocimiento expreso de la misma y de sus funcionarios, contenido en cada ejemplar de la "Relación de Mercancías Recibidas" y de la "Orden de Descargue", en las cuales figuran no solo relacionadas las mercancías, sino también la información correspondiente del transportador y hasta de los vehículos que trasladaron el café. Luego dicha mercancía quedó en poder de la Empresa Puertos de Colombia para su almacenaje, cuidado, conservación y custodia porque Alcaldas S.A. como consignataria se la entregó.

Ahora bien, no entiende la Sala la afirmación carente de respaldo probatorio según la cual "la COMERCIALIZADORA CAFETERA COLOMBIANA, teniendo en su poder la Carta de Porte, tuvo siempre el derecho de ordenar que la mercancía sea entregada a persona distinta de la señalada, ...". En efecto, normalmente corresponde a las facultades del remitente el derecho de disponer que la mercancía se entregue a persona distinta de la inicialmente señalada, pero tal variación no puede producirse legalmente, cuando exista Carta de Porte, vale decir, el documento en que las partes consignaron las condiciones de mayor relievancia del transporte contratado. Tal documento expedido por el transportador y que se entrega al remitente, como título valor representativo de mercancía que es, permite su libre negociación y sólo podrá reclamar el objeto transportado quien ostente la calidad de tenedor legítimo de la Carta de Porte y la entrega debidamente cancelada al transportador. De acuerdo con el artículo 768 del Código de Comercio, además de los requisitos generales de los títulos valores, en la Carta de Porte deberá consignarse la mención expresa de serlo o del derecho en ella incor-

porado; nombre y domicilio del transportador y remitente; a nombre de quién se expide; el número de orden que corresponda al título; la descripción de las mercancías transportadas y su valor; los fletes y demás gastos; los lugares de salida y su destino; el medio de transporte y los datos necesarios para su identificación. Sólo así, ajustándose a tales requisitos, la Carta de Porte adquiere su calidad de título valor representativo y de medio probatorio de transporte. Pues bien, del examen que ha hecho la Sala sobre los distintos elementos de prueba aportados por los interesados o decretados oficiosamente en la segunda instancia, no se encuentra documento alguno que cumpla o se adecúe a las formalidades legales referidas, de donde se concluye que no se ajustan a la realidad procesal las manifestaciones del *a-quo* al admitir o presumir la existencia de una prueba cartular ausente en el proceso y, más aún, el pretender darle efectos antagónicos a los señalados en la ley.

De igual manera no comparte la Sala la afirmación del Tribunal cuando sostiene que "No corresponde, entonces a la realidad, por lo menos la que reflejan los documentos aportados, que fuera ALCALDAS S.A. la que introdujo el café en el Terminal Marítimo de Santa Marta, sino la Empresa Comercializadora Cafetera Colombiana, por medio de la Empresa Transportadora ...". Ciertamente resulta cuestionable la anterior aseveración, cuando en los autos se encuentra pluralidad de pruebas documentales y testimoniales que señalan a la empresa demandante como la *consignataria* del café y por consiguiente introductora y depositante del mismo, en las bodegas de Puertos de Colombia.

Se sostiene equivocadamente en el fallo recurrido que la Comercializadora Cafetera Colombiana "conservó siempre su derecho a variar el destinatario, como en efecto sucedió, y mantuvo facultad de cambiar a otra entidad el adelantamiento de los trámites propios para la exportación de la mercancía. ...". Normalmente es cierto que el remitente, en el contrato de transporte, puede variar entre otros al destinatario de la mercancía, porque así lo autoriza el artículo 1023 del Estatuto Comercial, hoy sustituido por el artículo 31 del Decreto 01 de 1990. Sinembargo, en el último inciso de esta norma se establece que "El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al artículo 1024". Tal derecho, el del destinatario, comienza "desde la llegada de la mercancía al punto de destino..." y, por consiguiente, a partir de esa llegada el remitente pierde la posibilidad de variar de destinatario, pues en ese instante la mercancía queda a disposición y cargo de este último, de tal forma que sobre las mismas no podrán constituirse derechos respecto de terceros, los cuales solamente pertenecen al destinatario, con mayor razón cuando éste las hubiere depositado en su condición de consignatario, en manos de alguien distinto como ocurrió aquí, en las bodegas de la empresa demandada, pues, las obligaciones derivadas del contrato de transporte, que ya se cumplió y ejecutó no trascienden ni afectan la relación que surge entre la firma consignataria y la empresa Puertos de Colombia, pues a esta última no le incumbe determinar

la razón por la cual la consignataria adquirió la mercancía. Esta última se limita a ejercer el derecho inherente a su condición y Puertos de Colombia debe atenerse y respetar la exclusividad que aquella tiene sobre la mercadería, con mayor razón si se contempla el estado preferencial que poseen los Almacenes Generales de Depósito que sean consignatarios (Alcaldas S.A.), quienes frente a la Empresa Puertos de Colombia obran directamente y no como los demás Agentes de Aduana que "actuarán únicamente como mandatarios en todos los casos, así sea que el propietario destinatario o consignatario les conceda poder amplio y suficiente para actuar en su nombre..." (Resolución 000083 de 1983). (Fols. 334 a 326).

Ahora bien, el poder otorgado por la firma Comercializadora Cafetera Colombiana al Agente de Aduanas PAN SERVICIOS LTDA. resultaba ineficaz porque, de una parte, sobre las mercancías cuya exportación autorizaba, se había constituido un depósito en Alcaldas S.A. y de otra, sobre las mismas, Alcaldas S.A. había emitido el Bono de Prenda anteriormente referido. Precisamente estos títulos valores propios a los Almacenes Generales de Depósito, se regulan en el Código de Comercio en los artículos 757 a 766 y se complementan en los artículos 794 a 801 y 1180 a 1191. Por sus especiales características facilitan aquellas transacciones comerciales en las que no se requiere la tradición física de la cosa, sino que se da una tradición jurídica por medio de la negociación del Certificado de Depósito y mediante la constitución de un crédito prendario garantizado por un Bono de Prenda sobre la mercadería depositada. El certificado de depósito se constituye entonces en un título representativo de mercancías sobre las cuales su tenedor original puede disponer, inclusive sin ser el propietario. Asu vez con el bono de prenda se constituye un crédito prendario y de él puede el depositante hacer uso mediante negociación simultánea con el certificado de depósito o en forma separada, ateniéndose a las normas que sobre circulación del mismo se establecen en el ordenamiento comercial.

En el presente caso se encuentra demostrado que la firma Alcaldas S.A. emitió el Certificado de Depósito No. 556 Título No. 00732 y el bono de prenda No. 00732 del 26 de julio de 1984 por la suma de $30.879.750.oo, valor éste que Alcaldas S.A. hubo de pagar al Banco Cafetero International Corporation, New York, mediante la entrega a título de dación en pago de una bodega de propiedad de la demandante situada en la ciudad de Manizales. Tal comportamiento crediticio de Alcaldas S.A. fue consecuencia de la obligación legal establecida en el artículo 765 del Código de Comercio que le impone a los Almacenes Generales de Depósito que firmen el Certificado de Depósito y el bono de prenda el deber de garantizar la existencia de las mercaderías, que las mismas reúnen los requisitos de los artículos 1183 y 1187, y se obligan además de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1181, 1182, 1189 y 1190. Además, conforme al artículo 1184 del Estatuto Comercial mencionado quien únicamente sea tenedor del certificado de depósito no podrá reclamar la restitución de las cosas depositadas, sin haber pagado

previamente la deuda garantizada con el bono de prenda y sus intereses hasta la fecha del vencimiento. Lo anterior significa que el Almacén General de Depósito no adquiere la obligación de entregar la mercancía depositada hasta tanto no haya sido cancelada la obligación prendaria, mediante el pago del crédito incorporado en el bono de prenda respectivo.

En el caso examinado Alcaldas al emitir y suscribir el bono de prenda de que se ha hecho mención, asumió la obligación de obtener el pago del crédito prendario por parte de la Empresa Comercializadora Cafetera Colombiana, firma que a la fecha del vencimiento ha debido hacer la provisión oportuna de fondos para el pago del crédito prendario. Ante esta omisión le correspondía a Alcaldas con miras a garantizar el crédito referido, proceder a la exportación de la mercancía depositada, posibilidad subsidiaria que no pudo realizar la firma demandante por cuanto la Empresa Puertos de Colombia con desconocimiento de las obligaciones resultantes de sus deberes de conservación, cuidado y custodia del café que Alcaldas le había entregado, permitió su disposición para exportarlo por parte de quien no se lo había entregado, ni había sido autorizado por la consignataria, ni ésta en forma alguna lo había permitido. Tal condición de consignataria, la Empresa Puertos de Colombia inicialmente la reconoció pero después la desconoció sin razón legal alguna, pues, se repite, en ningún momento Alcaldas S.A. actuó como simple mandatario de la Comercializadora Cafetera Colombiana sino como, se reitera, consignataria de ésta y, por consiguiente, con plenas e irrestrictas facultades para efectuar la exportación de la mercancía.

Para la Sala, la única forma que legalmente le hubiera permitido a la Empresa Puertos de Colombia la disposición de la mercancía entregada a ella por Alcaldas S.A., era mediante expresa autorización del consignatario Alcaldas, resultante de expreso mandato o endoso de los documentos a que hubiere lugar. Como ninguno de estos casos se dio se impone concluir que la actuación permisiva de la empresa demandada configuró una falla en el servicio, de la cual la firma demandante derivó daños considerables, pues las mercancías que ésta había introducido para su exportación, fueron entregadas a persona distinta de quien las recibió y además no actuaba como mandataria de la consignataria Alcaldas S.A., sino en ejercicio de un poder cuya legalidad, eficacia y validez resulta inaceptable. La falla del servicio anotada originó para la demandante, por la pérdida de su disposición, y el pago de las obligaciones prendarias, los perjuicios correspondientes; de una parte, el valor de la mercancía, a manera de daño emergente y, de la otra, el interés técnico o lucro cesante, valores estos que se liquidan así:

DICIEMBRE/84

Bultos café	Vr. Bulto	Vr. dólar	Valor total
1.350.	US$201.40	$113.89	$30.965.552.oo
1.350	201.40	-o-	US$ 271.890.oo

ENERO/92

1.350	US$201.40	$710.oo	$193.041.900.oo

DAÑO EMERGENTE

Corresponde al precio de los 1.350 bultos de café liquidados al valor del dólar americano en enero de 1992, a razón de US$201.40 cada bulto, conforme a la Resolución No. 77 de 1984 de la Junta Monetaria (Fol. 104).

Bultos de café	Vr. Bulto	Vr. dólar enero/92	TOTAL
1.350	US$201.40	$710.oo	$193.041.900.oo

LUCRO CESANTE

Equivale al monto del interés puro o técnico del 6% anual, liquidado sobre el valor histórico o inicial de la mercancia ($30.965.552.oo), desde diciembre de 1984 hasta enero de 1992 (85 meses). Para su liquidación se aplica la fórmula:

$$I = \frac{\text{Capital x rata x tiempo}}{100}\text{; luego:}$$

$$I = \frac{30.965.552.oo \times 0.5 \times 85}{100} = 13.160.359.60$$

Valor emergente:	$193.041.900.oo
Valor lucro cesante:	$ 13.160.359.60
Valor perjuicios materiales:	$206.202.259.60

En la operación anterior no hay lugar a liquidar los intereses moratorios comerciales solicitados en la demanda, por cuanto se ha reconocido el interés técnico de una parte, y en la liquidación del valor de la mercancía con base en el precio actual del dólar va incluida la compensación por la pérdida del poder adquisitivo que hubiere sufrido la demandante por el no recibo del precio del café. No comparte la Sala la liquidación de perjuicios realizada por los peritos por cuanto indebidamente pretenden liquidar el valor de los 1.350 bultos de café a título de daño emergente y lucro cesante en forma simultánea.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia del 30 de marzo de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

SEGUNDO: Declárase responsable a la Empresa Puertos de Colombia por la no restitución a Almacenes Generales de Caldas ALCALDAS S.A. de 1.350 bultos de café de exportación "Excelso", entregados por esta empresa a Colpuertos en el Terminal Marítimo de Santa Marta.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, la Empresa Puertos de Colombia pagará a Almacenes Generales de Depósito de Caldas S.A. ALCALDAS, por concepto de perjuicios materiales la cantidad de doscientos seis millones doscientos dos mil doscientos cincuenta y nueve pesos con 60/100 moneda legal ($206.202.259.60).

CUARTO: Niéganse las demás peticiones de la demanda.

QUINTO: Dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION DE CONDENA–Aceptación

La aceptación expresa por la demandada respecto de la mayor parte de los guarismos establecidos por el actor en su escrito de liquidación, que no es otra cosa, sino la conformidad de la obligada con los valores calculados por el beneficiario de la condena, tuvo expresa consagración legal en el anterior artículo 308 del C.P.C., norma vigente al producirse el fallo cuya concresión ahora se tramita. Se trata entonces del comportamiento permisivo y consecuencial que la parte obligada al pago asume frente a la cuantificación del mismo, su actitud conciliadora y orientada, desde luego, a evitar prolongaciones en el trámite incidental con relación a cifras cuyos fundamentos y valores se abstiene de controvertir al expresar su libre aceptación de las mismas. Esa conducta procesal merece el respaldo del fallador, cuando además las cifras liquidadas y aceptadas tienen respaldo probatorio.

LIQUIDACION DE CONDENA–Fundamento/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Se tiene establecido que la liquidación de una providencia condenatoria debe fundamentarse en las pautas que en ella se señalen porque el auto de liquidación no puede superarla, so pena de incurrir en el desconocimiento y violación del principio de la cosa juzgada. También en la sentencia se tiene que haber decidido dentro de los parámetros y límites señalados en la respectiva demanda. Se estructura así el denominado principio de la congruencia en el proceso, en virtud del cual la decisión del mismo está delimitada en el petitum demandatorio y la condena impuesta a su vez determina los linderos cuantificativos de la misma para efectos de su liquidación en concreto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 4009. Actor: Alberto Pradilla Bermúdez.

Procede la Sala a decidir el incidente de liquidación en concreto de la condena que en abstracto impuso la Sala a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá mediante sentencia del 13 de febrero de 1989.

ANTECEDENTES

A. LA SENTENCIA

1o.– En virtud de la sentencia aludida, esto es, la del 13 de febrero de 1989, se dispuso:

"1.– Declárase a la Empresa de ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA; responsable de una proporción del ochenta por ciento (80%) en concurrencia con el actor, doctor ALBERTO PRADILLA BERMUDEZ, del accidente sufrido por éste el día 15 de noviembre de 1980, en la Represa del Sisga, Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca.

"2.– En consecuencia, condénase a la mencionada entidad, a pagar, al doctor Alberto Pradilla Bermúdez el equivalente a OCHOCIENTOS (800) gramos oro como perjuicios morales, lo cual se liquidará con referencia a su precio el día de la ejecutoria de la presente sentencia.

"3.– Condénase a al (sic) citada entidad, a pagar al actor, en la misma proporción, los perjuicios materiales causados, los que se liquidarán mediante el incidente previsto por el artículo 308 del C. de P. C., con sujeción a las pautas indicadas en la parte motiva.

"4.– Absuélvase a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA SABANA DE BOGOTA Y LOS VALLES DE UBATE Y CHIQUINQUIRA, "CAR", de las pretensiones demandadas". (Fol. 151 C.1)

2o.– Las bases para la liquidación de la anterior condena se consignaron en la motivación de la providencia así:

"a) Se determinará el valor de lo dejado de percibir durante el tiempo en que por razón del accidente estuvo incapacitado el actor para desempeñar las funciones que ejercía con antelación a tal hecho, tiempo comprendido

entre el 15 de noviembre de 1980, fecha del accidente, hasta el día en que estuvo en condiciones de reasumir sus funciones. Para la estimación de los salarios se tendrán en cuenta las declaraciones de renta del actor, no extemporáneas, correspondientes a los años 1979 y 1980. Si no acreditare ningún salario se acudirá al mínimo legal a la fecha del accidente, o sea el 15 de noviembre de 1980.

"b) Además, se debe tener en cuenta la posible disminución de su capacidad funcional permanente, producida por el accidente con base en los elementos de prueba que obran en el proceso y al momento que se fije por la oficina de Medicina Legal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El reconocimiento se hace hasta el término de su vida probable conforme a la tabla de mortalidad de las compañías de seguros aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"En la liquidación se distinguirá la indemnización debida o consolidada, desde la fecha del accidente hasta la fecha de este fallo, y la indemnización futura en la forma establecida por la jurisprudencia de la Corporación.

"La Sala encuentra acreditado que hubo un tratamiento médico en el extranjero, lo que se demuestra mediante pasajes, facturas, recibos y testimonios, pero el monto de su valor no se encuentra debidamente establecido, por lo cual, la prueba de los correspondientes costos, debe aportarse en la forma legal dentro del respectivo incidente". (Fol. 150).

B. LIQUIDACION DE LA PARTE ACTORA

En escrito que obra a folios 55 a 77 del cuaderno No. 1A, la parte demandante presentó la liquidación en concreto de la condena antes referida, cuyos apartes fundamentales, la Sala resume en los siguientes términos:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. El lesionado Pradilla Bermúdez se desempeñaba como Gerente de Coldatos Ltda. y Texins de Colombia Ltda., en las cuales, conforme a la información de las declaraciones de renta de 1979 y 1980 devengó un promedio mensual de $52.104.oo durante 1979 y $87.500.oo en 1980, sumas equivalentes en los dos años a $69.802.08 mensual.

2. El doctor Alberto Pradilla Bermúdez estuvo totalmente incapacitado para trabajar hasta el mes de junio de 1981, cuando, con las obvias limitaciones físicas logró reintegrarse a sus actividades.

3. Para la fecha del accidente, el actor tenía 30 años de edad, porque nació el 4 de agosto de 1950, de donde le resultaría un promedio de vida

probable de 43.59, según la Tabla Colombiana de Mortalidad. Sin embargo, "considerando que mal puede incluirse como lapso de vida probable el que ha correspondido a vida real, el cálculo de la indemnización futura se hará teniendo en cuenta la edad del actor en la fecha de ejecutoria de la sentencia, y su futura vida probable *a partir de entonces*", de donde resulta su vida probable de 35.31 años.

4. Por indicación de los médicos de la Clínica del Country y del Hospital Militar Central de Bogotá, el lesionado Pradilla Bermúdez fue trasladado a un centro hospitalario de los Estados Unidos de Norteamérica, desde el 17 de noviembre de 1980 hasta el 27 de mayo de 1981. Dicho traslado se efectuó por vía aérea en primera clase, y se utilizaron cuatro cupos, dos por el paciente, uno por su esposa y otro por el médico que debía atenderlo durante el viaje. Para el regreso se utilizó un cupo menos y se hizo en clase económica.

5. El valor de los tratamientos y el costo de la estadía en los Estados Unidos se pagaron en dólares americanos. Dada la variación en el precio del dólar durante los 6 meses y 16 días de permanencia en el extranjero, calcula el precio del dólar en $51.86, el cual regía para el 23 de febrero de 1981, fecha esta que corresponde a la mitad del lapso de permanencia por fuera del país.

6. Para la liquidación de los perjuicios morales, se tomará como base el precio del oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia, o sea, el 26 de octubre de 1989.

II. PERJUICIOS MATERIALES

A. Pagos hechos por el actor para cancelar tratamientos médicos.

1. GASTOS REALIZADOS EN DOLARES.

a) Factura por gastos y honorarios pagados al Dr. Anthony F. de Palma	US$	5.036.60
b) Factura por honorarios pagados al doctor Frank R. Fabiani	US$	125.oo
c) Factura por honorarios pagados a Northridge Pathology Associates	US$	958.30
d) Factura por honorarios pagados al doctor Bruno A. Marangoni	US$	1.950.oo
e) Factura por honorarios pagados a Anesthesia Professional Association	US$	2.145.oo

f) Certificación por honorarios pagados a Holy Cross Hospital	US$	451.oo
g) Certificación de lo pagado por servicios y tratamiento hospitalarios, al North Ridge General Hospital ..	US$	31.118.20
h) Factura por honorarios pagados a Plastic Surgery Associates	US$	5.865.oo
i) Facturas por honorarios pagados a Medical Staffing Services	US$	4.818.97
j) Factura por honorarios pagados a David Droller .	US$	365.oo
k) Factura por honorarios pagados a Arthur Finnieston Inc. (Prótesis)	US$	6.941.80
l) Certificación por honorarios pagados a Virginia Wade (enfermería)	US$	3.000.oo
m) Certificación de lo pagado a James E. Borner (arrendamiento casa)	US$	8.028.oo
n) Factura por lo pagado a Randle - Eastern Ambulance Service Incorporated (ambulancia)	US$	178.50
o) Factura por alquiler del carro pagado a Wade's Rent-a-Car	US$	3.391.44
VALOR TOTAL	US$	74.372.29

La cantidad de US$74.372.29 multiplicada por la tasa de cambio promedio de $51.86, da la suma de $3.856.946.96, monto éste que se debe actualizar hasta la ejecutoria de la sentencia (26 de octubre de 1989) mediante los índices de precios al consumidor establecidos por el DANE, en dos períodos, uno hasta diciembre de 1988 y otro de diciembre de 1988 hasta octubre de 1989, así:

"Indice de precios a diciembre de 1978 (antigua base)	$100.oo
Indice correspondiente a febrero de 1981	$170.oo
Indice correspondiente a febrero de 1981	$825.48
Indice de precios a diciembre de 1988 (nueva base)	$100.oo
Indice correspondiente a octubre de 1989	$122.15

$$\frac{\$3.825.946.96 \times 825.48}{170.49} = \$18.674.600.13$$

$$\frac{\$18.674.600.13 \times 122.15}{100.oo} = \$22.811.024.05$$". (Fol. 68 Cdno. 1 A).

Sobre $22.811.024.05 solicita la aplicación del 6% de intereses puros "con el objeto de compensar la rentabilidad del capital –que no la pérdida de su poder adquisito–, así: $22.811.024.05 \times (1.06)^{8.67} = 37.804.772.96$.

A la suma anterior se le descuenta el 20% para un total de $30.249. 279.17.

2. GASTOS REALIZADOS EN PESOS.

Incluye el demandante el valor de los cuatro pasajes aéreos de ida en primera clase y tres de regreso en clase económica, entre Bogotá - Miami - Bogotá, por la suma de $110.896.oo, suma que actualiza mediante el procedimiento antes visto así:

$$\frac{\$110.896.oo \times 825.48}{170.49} = \$536.937.24$$

$$\frac{\$536.937 \times 122.15}{100.oo} = \$655.868.83$$

A $655.868.83 se liquidan intereses puros del 6% anual, así:

$655.868.83 $\times (1.06)^{8.67} = \$1.087.169.49$, valor que al descontarle el 20% da un total de $869.735.59.

B. Valor dejado de recibir por el actor por concepto de rentas de trabajo durante el tiempo en que estuvo absolutamente incapacitado.

Con fundamento en las declaraciones de renta por los años gravables de 1979 y 1980, la parte actora calcula un promedio mensual por los años mencionados de $76.052.oo. Para efectos de actualizar la suma anterior, utiliza similar procedimiento a los ya vistos, así:

$$\frac{\$76.052 \times 825.48}{128.80} = \$487.417.74$$

$$\frac{\$487.417.74 \times 122.15}{100.oo} = \$595.380.77$$

Como la incapacidad absoluta fue de 7 meses, el valor indemnizatorio es de $4.167.665.38, incrementado con los intereses puros del 6% anual, así:

$4.167.665.38 x (1.06)$^{8.67}$ = $6.908.988.99, que al descontarle el 20% da un total de $5.527.191.17.

C. Valor dejado de percibir por el actor por concepto de rentas de trabajo durante el tiempo en que ha estado parcialmente incapacitado. (Indemnización debida).

El precio sufrido lo calcula sobre una renta periódica fija mensual de $595.380.77, equivalente a $7.144.569.24, valor éste que lo multiplica por el factor 10.428 para obtener el monto correspondiente a 8 años y 4 meses, para un total de $74.503.568.03.

En escrito posterior (folios 78 a 82 C. 1A), el actor corrigió la anterior liquidación en el sentido de tomar en cuenta que la pérdida de capacidad laboral del lesionado había sido del 80% y no del 100% como inicialmente lo había calculado.

$595.380.77 x 80% = 476.304.62 x 12 = 5.715.655.44.

Este valor, "según las tablas matemáticas financieras para el cálculo del monto de una renta y considerando una tasa de interés anual del 6%, debe multiplicarse por el factor 10.428, para obtener el monto correspondiente a ocho años y cuatro meses de indemnización debida", según la siguiente operación:

$5.715.655.44 x 10.428 = $59.602.854.92; valor éste del cual el 80% equivale a $47.682.283.93 como suma definitiva de indemnización debida.

D. Valor que dejaría de recibir por renta laboral durante el lapso comprendido entre la ejecutoria de la sentencia y el cumplimiento del término de vida probable del actor. (Indemnización futura).

Toma en cuenta la edad que tenía el lesionado a la fecha de ejecutoria de la sentencia (octubre de 1989), que era de 39 años y calcula un promedio de vida de 35.31 años, sobre los cuales estima como renta anual indemnizable la suma de $7.144.569.24, menos intereses del 6% anual.

Considera el "valor actual de una renta anual de $1.00 durante 35.31 años castigada con un interés del 6% anual: 14.54", de donde concluye que la indemnización futura se liquida así: 7.144.569.24 x 14.54 = $103. 882.036.70 monto del cual deduce un 20% para obtener como total la suma de $83.105.629.36 por concepto de indemnización futura.

Sin embargo, también esta liquidación fue corregida, en el sentido de tomar el 80% del ingreso anual de donde resulta la suma de $66.484.504.07 como valor de la indemnización futura.

III. LOS PERJUICIOS MORALES DEL ACTOR

Señalado estos perjuicios en 800 gramos de oro fino, su valor a la fecha de ejecutoria $5.050.06 gramo), equivale a la suma de $4.040.048.oo.

Al resumir los distintos valores reclamados, inicialmente sumó $183. 413.599.30, suma ésta que de hacer la corrección mencionada la liquidó el actor en la cantidad de $154.871.903.50. (Fol. 82 C. 1A).

IV. PRUEBAS

Solicitó la parte actora las siguientes:

1. Certificación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil sobre el precio que tenía el 17 de noviembre de 1980 un pasaje aéreo en primera clase de Avianca para el trayecto Bogotá - Miami - y el precio de un pasaje aéreo el 27 de mayo de 1981, en clase económica, entre Miami - Bogotá.

2. Los documentos aportados en el proceso.

3. Las facturas sobre gastos realizados en dólares estadounidenses, con sus traducciones oficiales.

4. Fotocopia autenticada de las declaraciones de renta del Dr. Alberto Pradilla, por los años gravables de 1979 y 1980.

5. Certificado de Registro Civil de Nacimiento del demandante.

6. Copia de la Resolución No. 1439 de 1972 de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se adoptó la Tabla Colombiana de Mortalidad.

7. Dos certificaciones del Banco de la República sobre la tasa oficial de cambio del dólar americano.

8. Certificación del DANE sobre el índice de precios al consumidor en diciembre de 1978, diciembre de 1979, febrero de 1981, diciembre de 1988 y octubre de 1989.

B. TESTIMONIAL

Declaración del médico Dr. Jaime Otero González quien acompañó al actor en su viaje a los Estados Unidos.

De la anterior liquidación se dio traslado a la parte demandada, quien por intermedio de su apoderado, hizo las siguientes manifestaciones:

Con relación a las consideraciones preliminares de la liquidación se muestra de acuerdo, en cuanto que se dio la sentencia condenatoria en proporción del 80% en concurrencia con el actor. Cuestiona, sin embargo el monto de las rentas de trabajo declaradas en 1979 que fueron de $625.250 y no $625.650 como se afirma en la liquidación.

También impugna las consideraciones del actor en cuanto tomó en cuenta un dictamen proferido por la División de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Con relación al período de vida probable, observa la demandada que un accidente automovilístico anterior debió disminuir la capacidad física del lesionado y por lo mismo alterar esa probabilidad de vida.

Sobre el transporte aéreo en primera clase, dice que "no acepta el cargo", pues lo hubiera podido hacer en clase económica. Está en desacuerdo con las dos personas adicionales que acompañaron al actor.

Con relación a los pagos efectuados en moneda extranjera, la apoderada de la parte demandada se muestra de acuerdo, "no se discute", según su propia expresión, en cuanto a los honorarios cancelados al doctor De Palma (US$5.036.oo); al doctor Fabiani (US$125.oo); a Northridge Pathology Associates (US$958.30); a Bruno A. Marangoni (US$1.950.oo); al anestesiólogo (US$2.145.oo); al Holy Cross Hospital (US$451.oo); al North Ridge General Hospital (US$31.118.20); a Plastic Surgery Associates (US$5.865.oo).

En cambio "objeta la cuantía y se pide aclaración", respecto del pago efectuado a Médical Staffing Services (US$4.813.97), toda vez que en la cuenta del Hospital North Ridge General, se incluyó la suma de US$655.99, los cuales al descontarlos deja un saldo de US$4.162.98, que la empresa demandada no discute.

Con relación a los honorarios de David G. Droller, no se discuten (US$365.oo); también está de acuerdo con lo pagado a Arthur Finnieston Inc. (US$6.941.80) y los pagos hechos a Virginia Wade (US$3.000.oo).

Acerca del pago hecho a James E. Borner por arrendamiento (US$8.028.oo) no lo acepta, porque si el demandante regresó al país el 21 de mayo de 1981, es decir, que su estadía fue de 5 meses y al multiplicar éstos por el canon de US$1.338, resulta la cantidad de US$6.690.oo que acepta la demandada.

Respecto del pago hecho a Randle Eastern Abulance Service (US$178.50) se muestra de acuerdo. No sucede igual en cuanto al pago efectuado a Wade's Rent-A-Car (US$3.391.44) por alquiler del automóvil utilizado por la familia Pradilla en los Estados Unidos, porque este no era necesario para el servicio

del lesionado, el contrato lo suscribe la esposa de Pradilla y no obra en el expediente el reconocimiento del contenido ante el Consulado de Colombia en los Estados Unidos.

En síntesis, la demandada acepta gastos por valor de US$68.986.86.

Con relación a la aplicación de la tasa de cambio de 23 de febrero de 1981 a razón de $51.86 por dólar, la demandada se muestra en desacuerdo. Tampoco acepta que el valor de los gastos efectuados en moneda extranjera deba actualizarse hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia mediante los índices de precios al consumidor, sino que "se debe tener en cuenta es la variación de la tasa de cambio vigente a la fecha de la sentencia. ...".

Con referencia a los pagos realizados en moneda colombiana, para cancelar el traslado aéreo de Bogotá - Miami - Bogotá, la demandada no los acepta por cuanto no se acreditó por qué el lesionado ocupó dos sillas y por qué su esposa y un médico ocuparon otras dos; ni por qué se utilizaron tres sillas de regreso.

En cuanto al valor dejado de percibir por rentas laborales mientras permaneció absolutamente incapacitado, la empresa demandada se muestra de acuerdo con la liquidación presentada por valor de $5.527.191.17.

No sucede igual con respecto al valor dejado de percibir por el actor por rentas de trabajo durante el tiempo en que estuvo parcialmente incapacitado. Aduce la demandada la necesidad de una valoración médica por parte de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo para que "determine la limitación laboral".

Cuestiona también el procedimiento matemático efectuado, porque "no se puede pretender que el salario devengado, calculado por el demandante ($595.380.77) a 29 de octubre de 1989 sea el mismo para los años anteriores". Sostiene que debe calcularse dicho valor año por año, "aplicándosele el incremento del porcentaje de la inflación del año inmediatamente anterior y a esa suma el 6%".

Sobre la indemnización futura la empresa demandada no comparte la liquidación porque al aplicar las Tablas de Mortalidad se olvida o desconoce los antecedentes clínicos originados por un accidente automovilístico, quemaduras en la cara y operación en los dedos de los pies "que lo más probable es que hayan mermado el período de vida del demandante". También impugna la liquidación porque se efectuó sobre una incapacidad laboral no establecida por Medicina Legal del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Sobre el ejercicio matemático seguido por el actor para liquidar la indemnización, la demandada no lo comparte "pues para la indemnización

futura deberán utilizarse cifras anualizadas para calcular los salarios futuros, basados en tasas de inflación proyectadas. La sumatoria de estas anualidades (35.31 años), debe traerse al presente con una tasa de interés comercial.

Como pruebas solicitó las certificaciones del DANE sobre índice de precios al consumidor año por año entre 1981 y 1989 y del Banco de la República sobre la tasa de cambio que regía para el dólar el 26 de octubre de 1989. Igualmente requirió de la Superintendencia Bancaria las Tablas de Mortalidad adoptadas por esa dependencia. Pidió también que por Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social "se practique al doctor Alberto Pradilla Bermúdez un reconocimiento médico legal para determinar la posible disminución de su capacidad funcional permanente, producida por el accidente. ...".

Por auto de 10 de mayo de 1990 (F. 106 C. 1A) se decretó la práctica de las pruebas solicitadas. Sin embargo, el actor recurrió en resposición en cuanto se dispuso el reconocimiento médico legal, porque, conforme al artículo 233 del C. de P.C. no había lugar a decretar sobre un mismo punto sino un dictamen pericial, dado que por el Instituto de Medicina Legal ya se había practicado esa experticia. Mediante auto de 7 de junio de 1990 se revocó la práctica de la prueba pericial aludida. (F. 111 C. 1A).

Con posterioridad, de manera oficiosa, la Sala, con miras a lograr una mayor claridad y precisión sobre algunos aspectos, dispuso solicitar del DANE una certificación sobre los índices de precios al consumidor que rigieron, año por año, durante el lapso comprendido entre el mes de octubre de 1980 hasta el vigente a la expedición del certificado; a la Superintendencia Bancaria solicitó la Tabla de Mortalidad adoptada por esa dependencia y actualmente en vigencia; al Banco de la República se requirió información certificada sobre el precio del gramo de oro y la cotización oficial del dólar americano, a la fecha de las respectivas certificaciones. Igualmente se dispuso el reconocimiento médico del actor por la Oficina de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tiene por finalidad este trámite incidental cuantificar los perjuicios materiales y morales sufridos por el doctor Alberto Pradilla Bermúdez, como consecuencia de las lesiones personales recibidas en accidente de navegación, sobre los cuales esta Corporación impuso la respectiva condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Dado que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por conducto de su representante judicial se muestra conforme, "no discute", o, en otras palabras, acepta, en su gran mayoría, las distintas cifras consignadas por la

parte actora en su escrito de liquidación, procede determinar el alcance procesal que la aceptación de la misma pueda tener en la definición del presente incidente.

Tal aceptación que no podrá tomarse como una confesión de parte, porque dada la naturaleza jurídica del ente demandado, de acuerdo con el artículo 199 del C. de P.C. no tendría validez; ni tampoco podrá calificarse como un allanamiento, dado que éste procede solo con anterioridad a la sentencia de primera instancia y respecto de las pretensiones de la demanda, y además debe adecuarse a las voces de los artículos 93 y 94 del ordenamiento procesal mencionado.

Así pues, en el caso bajo estudio, se da una aceptación expresa por la demandada respecto de la mayor parte de los guarismos establecidos por el actor en su escrito de liquidación. Esta aceptación que no es otra cosa, sino la conformidad de la obligada con los valores calculados por el beneficiado de la condena, tuvo expresa consagración legal en el anterior artículo 308 del C. de P.C., que estipulaba la aprobación por el juez *"de plano la liquidación que expresamente acepte la parte obligada..."*, norma ésta vigente al producirse el fallo cuya concreción se tramita en el incidente objeto de esta decisión.

Se trata entonces del comportamiento permisivo y consecuente que la parte obligada al pago asume frente a la cuantificación del mismo, su actitud conciliadora y orientada, desde luego, a evitar prolongaciones en el trámite incidental con relación a cifras cuyos fundamentos y valores se abstiene de controvertir al expresar su libre aceptación a las mismas. Esa conducta procesal, de indudable beneficio para las partes y para la propia administración de justicia, bien merece el respaldo del fallador, cuando además del contexto del expediente, las cifras liquidadas y aceptadas encuentran respaldo probatorio directo o indirecto acerca de su realidad y cuantía.

Con referencia al tema de la aceptación de la liquidación, la Sala reitera las manifestaciones efectuadas en anterior ocasión, cuyos planteamientos se consideran de pleno recibo en el caso bajo estudio. Al respecto, en lo pertinente se expresó:

"En términos estrictamente procesales, tampoco procede la **asimilación** que trata de hacerse entre la aceptación de la liquidación y el **allanamiento** o la confesión, pues mientras tales figuras solamente pueden presentarse antes de la sentencia, la aceptación tiene que producirse necesariamente después de ésta. Y por ello, tal aceptación no es, ni puede asimilarse, ni por su naturaleza, ni por sus condiciones, ni por sus características, al allanamiento y a la confesión. Ella no es más que la aceptación de unos parámetros determinados, dados previamente en la sentencia y que no conlleva acto dispositivo alguno.

"Por consiguiente, es válido afirmar, a juicio de la Sala, que la prohibición legal que tienen las entidades públicas para confesar o para allanarse no se extiende a la aceptación que éstas pueden hacer de la liquidación de perjuicios hecha por la parte demandante y que resulta de una condena ya ejecutoriada, pues se trata de figuras distintas no relacionadas. Lo anterior es, además, consecuente con los más sanos principios de la economía procesal, por cuanto al impedir sin razón alguna la aceptación por parte de la entidad demandada de la liquidación presentada por la parte demandante, se sometería a la parte favorecida a una demora injusta, y se impondría al juez una obligación permanente que la ley no estipula, cual es la de realizar oficiosamente un debate muchas veces innecesario, y ordenar unas pruebas que no han sido solicitadas, ocasionando así un desgaste de jurisdicción injustificado. Implicaría, además, convertir al juez administrativo en un juzgador cuya función sería siempre la de suplir las eventuales deficiencias de la entidad pública y en la práctica tratar de protegerla, lo cual no se compadecería con el principio de imparcialidad, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. Llevaría también a suponer, en virtud de interpretación legal la incompetencia de las entidades públicas, lo cual ni puede, ni es justo colegirse, a la luz de las disposiciones que regulan su actuación ante esta jurisdicción.

"Ahora bien, definido lo anterior, es menester precisar cuál es la responsabilidad real del juez administrativo frente a la aceptación que puede hacer una entidad pública de la liquidación de una condena in genere presentada por la persona o entidad, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 308 del C.P.C. ordenaba la aceptación de plano de la misma en el evento de acuerdo entre las partes.

"En opinión de la Sala, la responsabilidad del juez administrativo en tal evento es la de revisar la liquidación sobre la cual ha habido acuerdo, y constatar que la misma se ajusta a los parámetros o pautas dadas por la sentencia condenatoria, en cuyo caso deberá aprobarla. Si por el contrario, el juez detecta alguna irregularidad en la liquidación, o estima que ella se aleja de las pautas fijadas en la sentencia, o considera que se requiere necesariamente alguna prueba específica de carácter técnico que no puede suplirse con la sola aprobación, deberá manifestarlo así y ordenar la práctica de las pruebas necesarias para ajustar la liquidación a lo dispuesto en la mencionada providencia".

(Auto No. 1322 de octubre 22 de 1990. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Exp. 5593. Actor: William Brito Peláez). Extracto de Jurisprudencia, Tomo X, página 96.

De las conclusiones y apreciaciones antes relacionadas, resulta claro que los guarismos y valores consignados en el escrito de liquidación por la

parte actora y aceptados o no discutidos por la demandada deberán reconocerse, previa, desde luego, la verificación de cifras y operaciones matemáticas y su adecuación a las pautas u orientaciones establecidas en el fallo condenatorio. Precisamente, a ello procede la Sala a continuación:

El monto o valor de los ingresos que devengaba el actor antes de resultar lesionado.

La estimación salarial resulta de la información contenida en las declaraciones de renta por los años de 1979 y 1980 oportunamente presentadas, como lo dispuso la propia sentencia condenatoria.

Conforme a las declaraciones de renta aludidas (Fls. 16 a 34 C. 1A), el actor obtuvo por honorarios en 1979 la suma de $625.250 (Fl. 16 vto. C. 1A) y en 1980 (10.5 meses) la cantidad de $1.050.000 (F. 30 vto. C. 1A), ingresos éstos que sumados y divididos luego por 22.5 meses dan un promedio mensual de $74.455.55 que será la base económica para la liquidación.

Advierte la Sala que en el presente caso la parte actora omitió en su libelo demandatorio solicitar la actualización de la condena con base en los índices de precios al consumidor fijados por el DANE, conforme lo consagra el artículo 178 del C.C.A., y lo tiene jurisprudencialmente establecido el Consejo de Estado. Tampoco en la sentencia se dispuso tal actualización, ni el demandante cuestionó, por este concepto, el fallo correspondiente. Solo ahora, en un momento procesal limitado e inoportuno para efectos de actualizar la condena, el señor apoderado plantea lo solicitado.

Esta desafortunada omisión impide que la Sala oficiosamente proceda a la actualización, por cuanto se tiene establecido que la liquidación de una providencia condenatoria debe fundamentarse en las pautas que en ella se señalen porque el auto de liquidación no puede superarla, so pena de incurrir en el desconocimiento y violación del principio de la cosa juzgada. De otra parte, también en la sentencia se tiene que haber decidido dentro de los parámetros y límites señalados en la respectiva demanda. Se estructura así el denominado principio de la congruencia en el proceso, en virtud del cual la decisión del mismo, está delimitada en el petitum demandatorio y la condena impuesta a su vez determina los linderos cuantitativos de la misma para efectos de su liquidación en concreto. Por consiguiente, la base económica que se tomará en consideración corresponde al promedio establecido de $74.455.44 sin que haya lugar a ningún tipo de actualización.

INDEMNIZACION DEBIDA O CONSOLIDADA

Comprende el lapso transcurrido entre el 15 de noviembre de 1980, fecha del accidente y el 26 de octubre de 1989, cuando quedó ejecutoriada la sentencia, es decir, 8 años, 11 meses, 11 días. Se aplica la siguiente fórmula, tradicional y reiteradamente utilizada por la Corporación.

$S = R \frac{(1 \times i)^n - 1}{i}$; donde: S, es la suma o indemnización que se busca; R, renta mensual no actualizada; i es el interés puro o técnico del 6o/o anual o 0.4867 mensual. Dado que en la fórmula se trabaja con 1 no con 100, el interés se representa como 0.004867 y n, que corresponde al número de mensualidades del período indemnizatorio.

$$S = 74.455.55 \frac{(1 + 0.004867)^{107} - 1}{0.004867} = 10.420.971.44$$

Como la condena solo cubre un 80o/o del valor de los perjuicios, la indemnización debida equivale a $8.336.777.15.

INDEMNIZACION FUTURA O ANTICIPADA

Comprende este segundo período indemnizatorio desde la fecha de ejecutoria del fallo (26 de octubre de 1989) hasta el cumplimiento del término de vida probable de Pradilla Bermúdez.

Sobre el particular, obra en autos el registro civil del nacimiento del lesionado (F. 35 C. 1A), según el cual, nació el 4 de agosto de 1950, es decir, que para la fecha del accidente tenía 30 años, 3 meses y 11 días; para la fecha de ejecutoria del fallo, tenía 39 años, 2 meses y 22 días, de donde le resulta, conforme a las Tablas de Mortalidad adoptadas por la Superintendencia Bancaria, un término de vida probable de 35.31 años, o 423.72 meses.

Para liquidar este período futuro o anticipado, se aplica la fórmula jurisprudencialmente adoptada:

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

S, es el valor de la indemnización; R, es la Renta no actualizada; i, es el interés del 0.004867 mensual y n, es el número de meses que integra el período futuro.

$$S = 74.455.55 \frac{(1 + 0.004867)^{423.72} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{423.72}} = 13.342.859.47$$

Como el monto de la condena solo cubre el 80o/o de los daños, la indemnización futura vale $10.674.287.57.

No obstante que en la sentencia se fijó como pauta determinar "el valor de lo dejado de percibir durante el tiempo en que por razón del accidente estuvo incapacitado el actor para desempeñar las funciones que ejercía

con antelación a tal hecho, tiempo comprendido entre el 15 de noviembre de 1980, fecha del accidente, hasta el día en que estuvo en condiciones de reasumir sus funciones", en los actuales momentos resulta innecesario tal determinación, toda vez que la División de Medicina Laboral y del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estableció "... una pérdida de su capacidad laboral del CIEN POR CIENTO (100%) ..." en el actor Pradilla Bermúdez, conclusión médico-valorativo que permite asumir la pérdida total de su capacidad laboral desde el instante del accidente hasta cuando se cumpla el término de su vida probable, y, por consiguiente, calcular la indemnización en los dos períodos consolidados y anticipados ya mencionados y liquidados.

GASTOS REALIZADOS PARA CANCELAR PASAJES AEREOS

Se relaciona en la liquidación de perjuicios, el valor correspondiente a los pasajes aéreos entre Bogotá - Miami - Bogotá, los cuales se estiman en la cantidad de $110.896 moneda legal, estimativo en pesos cuyo monto no aparece claramente explicado por el actor. Sin embargo, del material probatorio recaudado resultan evidentes los viajes de ida y regreso en avión entre Bogotá y Miami, de tal forma que ninguna duda cabe sobre la realidad de los mismos. El valor de los tiquetes aéreos se cancelará de acuerdo con los precios certificados por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a razón de US$356 en primera clase y US$292 en clase económica, lo cual equivale a US$2.300, si se tiene en cuenta que en el viaje de ida se utilizaron cuatro cupos y en el regreso tres. Para la Sala son de plena aceptación las razones expresadas para la ocupación de los cuatro puestos en primera clase, toda vez que de una parte, la estatura del lesionado y su traslado en camilla implicaba el uso de un mayor espacio y, de otra, requería la asistencia inmediata, personal y directa de un profesional en medicina para atenderlo dada su gravedad y de su esposa, quien para el caso se constituía en el mejor apoyo sentimental, físico y moral para el lesionado. La declaración del doctor Jaime Otero González su acompañante, explica suficientemente la forma y modalidad de transporte utilizado, como se desprende de su testimonio obrante a folios 118 y 119 del cuaderno 1A. Al momento de liquidar la suma que por este concepto se reconoce, se descontará el 20% que comparte el actor.

GASTOS REALIZADOS PARA PAGAR SERVICIOS MEDICOS CLINICOS, HOSPITALARIOS, TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO EN LOS ESTADOS UNIDOS.

De acuerdo con la liquidación presentada estos fueron los gastos correspondientes:

a) Pago al doctor Anthony F. De Palma, por cirugía y tratamientos médicos. La factura y su traducción oficial obran a folios 1, 2 y 3 del cuader-

no No. 2. En el folio 112 del cuaderno 2 bis, aparece la "diligencia de ratificación" ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Esta suma no es impugnada por la demandada. US$ 5.036.oo

b) Pago al doctor Frank R. Fabiani por consulta médica. La factura y su traducción oficial obran a folios 4, 5 y 6 del cuaderno No. 2 y en el folio 109 del cuaderno No. 2 bis aparece la diligencia de ratificación ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Su pago no lo cuestiona la empresa demandada (f. 94 C. 1A) y tiene un costo de: US$ 125.oo

c) Pago por honorarios a Northridge Pathology Associates, por exámenes de laboratorio. La factura y su traducción oficial obran a folios 7, 8 y 9 del C. 2 y en el folio 114 del cuaderno 2 bis aparece la diligencia de ratificación ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Su pago lo acepta la demandada. (F. 94 C. 1A) y tiene un valor de: US$ 958.30

d) Pago por honorarios al doctor Bruno A. Marangoni por consultas profesionales. La factura y su traducción oficial se encuentran a los folios 10, 11 y 12 del C. No. 2 y en el folio 116 del C. 2 bis aparece la diligencia de ratificación ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Su pago lo acepta la demandada y tiene un valor de: US$ 1.950.oo

e) Pago hecho a Anesthesis Professional Association por servicios de anestesia. La facturación correspondiente y su traducción oficial se encuentran a folios 13 a 21 del C. No. 2, y al folio 113 del C. No. 2 bis aparece la denominada diligencia de ratifidación ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Su valor lo acepta la demandada en: US$ 2.145.oo

f) Pago hecho al Holy Cross Hospital por tratamiento de fisioterapia. La certificación de pago y su traducción oficial aparecen a folios 22, 23 y 24 del C. No. 2 y en el folio 117 del C. No. 2 bis reposa la llamada diligencia de ratificación ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). Su pago no lo discute la demandada. US$ 451.oo

g) Pago hecho al North Ridge General Hospital por servicios hospitalarios. La cuenta y la traducción oficial se encuentran a folios 30 a 113 del C. No. 2. El reconocimiento de la firma y contenido ante el Vice-Consulado de Fort Lauderdale (USA) figura al filio 118 del cuaderno 2 bis. La demandada acepta el valor reseñado. US$ 31.118.20

h) Pago hecho a Plastic Surgery Associates por cirugía plástica. Las facturas y la traducción oficial obran a los folios 120 a 138 del cuaderno No. 2. Al folio 121 del cuaderno 2 bis, obra el Acta de ratificación cumplida ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). La demandada acepta el valor consignado. US$ 5.865.oo

i) Pago de honorarios a Medical Staffing Services por servicios de enfermería. La factura y su traducción oficial obran a folios 139 a 155 del cuaderno No. 2. El reconocimiento y contenido de firma ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale aparece al folio 119 del cuaderno No. 2 bis. Se relaciona por US$4.818.97. La demandada sólo acepta el valor de US$ 4.162.98, porque estima, con razón a criterio de la Sala, que en la cuenta del North Ridge General Hospital, se relacionó la suma de US$655.99 por concepto de servicios de enfermería. Por consiguiente, esta última cantidad debe descontarse y se pagarán: US$ 4.162.98

j) Pago de honorarios al doctor David G. Droller por consultas médicas. La factura aparece a folios 158 y 159 de cuaderno No. 2. El reconocimiento de su contenido y firma surtido ante el Consulado de Colombia en Fort Lauderdale (USA), obra al folio 115 del cuaderno No. 2 bis. El valor liquidado no lo discute la demandada: US$ 365.oo

k) Pago de honorarios a Arthur Finnieston Inc. por elaboración y adaptación de prótesis. La factura obra a folios 156 y 157 del cuaderno No. 2. Al folio 120 del cuaderno No. 2 bis, obra el acta de ratificación respecto de este documento, ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). La liquidación de este gasto la acepta la demandada: US$ 6.941.80

l) Pago a Virginia Wade por servicios de enfermería. La certificación se encuentra a folios 28 y 29 del cuaderno No. 2. El reconocimiento de firma y contenido se encuentra en el Acta de Ratificación visible al folio 122 del cuaderno 2 bis., ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort Lauderdale (USA). La demandada acepta el valor liquidado en: US$ 3.000.oo

m) Pagos a James E. Borner por concepto de arrendamiento de la casa donde residió el actor y su familia. La certificación de pago obra a folios 160 y 161 del cuaderno No. 2. El reconocimiento de la firma y contenido ante el Vice-Cónsul de Colombia en Fort-Lauderdale (USA) se encuentra al folio 111 del cuaderno 2 bis, por la suma de US$8.028.oo.

La demandada no acepta la totalidad del pago, porque de acuerdo con el regreso del perjudicado al país, resultaría pago un mes de exceso. En consecuencia liquida este pago en la suma de US$6.690.oo, valor que la Sala considera correcto: US$ 6.690.oo

n) Pago a Randle - Eastern Ambulance Service Incorporated por servicios de ambulancia. La factura y su traducción oficial se encuentran a folios 1, 2 y 3 del cuaderno No. 1A. La demandada no discute el pago relacionado: US$ 178.50

o) Pago a Wade's Rent-a-Car, por alquiler del automóvil para uso del lesionado en los Estados Unidos. La factura y su traducción oficial obran a los folios 4 a 9 del cuaderno No. 1 A., por valor de US$3.391.44.

La parte demandada no acepta esta última cantidad, porque considera que "no fue contratado por ser necesario para la recuperación del señor Pradilla. Asimismo, figura firmando el contrato y efectuando el pago la señora de Pradilla y no obra en el expediente el reconocimiento del contenido del documento de Rent-A-Car ante el Consulado de Colombia en los Estados Unidos". (F. 98 C. 1A). La Sala estima que no hay lugar al pago de este rubro.

RESUMEN DE LO PAGADO EN DOLARES

1.	Anthony De Palma	US$ 5.036.oo
2.	Frank R. Fabiani	US$ 125.oo
3.	Northridge Pathology Associates	US$ 958.30
4.	Bruno A. Marangoni	US$ 1.950.oo
5.	Anesthesia Professional Association	US$ 2.145 oo
6.	Holy Cross Hospital	US$ 451.oo
7.	North Ridge General Hospital	US$31.118.20
8.	Plastic Surgery Associates	US$ 5.865.oo
9.	Medical Staffing Services	US$ 4.162.98
10.	David G. Drolier	US$ 365.oo
11.	Arthur Finnieston Inc.	US$ 6.941.80
12.	Virginia Wade	US$ 3.000.oo
13.	James E. Borner	US$ 6.690.oo
14.	Randle - Eastern Ambulance Service Incorporated	US$ 178.50
	TOTAL	US$68.986.78

Con respecto a los documentos contentivos de los valores que se acaban de relacionar, la Sala encuentra que en la ratificación de algunos de los mismos se incurrió en omisiones e irregularidades que les restaría, de primer momento, el valor probatorio que de haberse aportado y ratificado conforme a lo establecido por el artículo 277 del C. de P. C., pudieron haber tenido.

Sin embargo, encuentra la Sala distintos hechos que conducen a reconocerle mérito probatorio a tales documentos, como son la petición oportuna y correcta de su ratificación, el reconocimiento de la firma y contenido de los documentos por parte del beneficiado con los pagos, hecha ante el funcionario consular competente; la relación con las demás pruebas documentales y testimoniales recaudadas y, por último, la aceptación que de los mismos hizo la parte demandada, todo lo cual lleva a la Sala a tener como probados los distintos pagos que el actor efectuó en moneda extranjera y que quedaron relacionados atrás.

CONVERSION A PESOS DE LOS VALORES PAGADOS EN DOLARES.

a) PASAJES AEREOS entre Bogotá-Miami-Bogotá	
4 pasajes en primera clase (US$356.oo)	US$ 1.424.oo
3 pasajes en clase económica (US$292.oo)	US$ 876.oo
	US$ 2.300.oo
Se descuenta el 20% compartido	US$ 460.oo
	US$ 1.840.oo
b) Gastos médicos, clínicos, hospitalarios, transporte en los Estados Unidos	US$68.986.78
Descuento del 20% compartido	US$13.797.35
Suma	US$55.189.42
Pasajes	US$ 1.840.oo
Suman los pagos en dólares:	US$57.029.42

La suma anterior que fuera cancelada en dólares estadounidenses por el actor, estima la Sala que debe reintegrársele en la misma moneda o en su equivalente en pesos, para cuyo efecto se tendrá en cuenta que la cotización del dólar americano con respecto al peso colombiano es de 714.63 moneda corriente, valor éste que se multiplica por los dólares pagados así:

US$57.029.42 x 714.63 = 40.754.934.41

INTERESES

La Sala entiende que el derecho a percibir intereses quedó clarificado y definido al momento de la ejecutoria del fallo que impuso la condena. Por consiguiente, desde allí surge el derecho a cobrar los intereses legales del 6% sobre los valores correspondientes a las indemnizaciones dispuestas en la sentencia, cuya ejecutoria se causó el 26 de octubre de 1989, fecha ésta a partir de la cual se hará la liquidación de los réditos, con base en un capital de $19.011.064 (indemnización) y un plazo de 2 años, 3 meses (2.25 años), al 6% anual. Se aplica la fórmula:

$$I = \frac{c \times r \times t}{100} \quad \frac{\$19.011.064 \times 6\% \times 2.25}{100} = \$2.566.493.64$$

De igual manera, los valores cancelados en moneda extranjera, a título de lucro cesante devengarán intereses técnicos del 6% anual desde el mes de

junio de 1981, época de su regreso a Bogotá y para lo cual ya había efectuado las erogaciones en dólares, hasta la fecha de esta liquidación, esto es, por un lapso de 10 años, 7 meses.

Se tendrá como capital, el valor de los dólares en junio 1o. de 1981, liquidados a razón de $53.61, o sea, la suma de $3.057.347.20, valor histórico sobre el cual se liquidarán los intereses técnicos aludidos, mediante la aplicación de la fórmula:

$$I = \frac{c \times r \times t}{100} ; \quad I = \frac{3.057.347.20 \times 6\% \times 10.58}{100} = \$1.940.804.oo$$

Advierte la Sala que las sumas liquidadas por concepto de intereses técnicos, no darán lugar al pago de intereses de intereses, ni corrección monetaria sobre los mismos. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., por cuanto la suma que aquí se cuentifique devengará, por mandato legal, intereses comerciales corrientes durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este auto y moratorios a partir de dicho semestre.

RESUMEN

1. Pagos efectuados en dólares	$40.754.934.41
2. Intereses técnicos	$ 1.940.804.oo
3. Indemnización debida	$ 8.336.777.15
4. Indemnización futura	$10.674.287.57
5. Intereses Técnicos	$ 2.566.493.64
	$64.273.296.77

PERJUICIOS MORALES.

No obstante que la parte actora incluye en su liquidación los perjuicios morales, lo cierto es que no deben ser objeto de certificación en el presente incidente, por cuanto en la sentencia se concretó su valor al equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino, al precio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia, por lo que solo faltaría que a la respectiva cuenta de cobro se acompañe la certificación del Banco de la República sobre el precio del gramo de dicho metal a 26 de octubre de 1989.

Por lo expuesto, la Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: Liquídese la condena en abstracto que por concepto de perjuicios materiales, le fue impuesto a la Empresa de Energía Eléctrica de

Bogotá, mediante sentencia de 13 de febrero de 1989 proferida por esta Sección.

SEGUNDO: Fíjase en la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON 77/100 ($64.273.296.77) moneda legal el valor de la obligación por concepto de perjuicios materiales a que hace relación el punto anterior.

TERCERO: Niéganse los demás aspectos pretendidos por la parte actora con su escrito de liquidación.

CUARTO: Dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de la sentencia y de esta providencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y a la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

HIDROCARBUROS/GAS PROPANO GLP/POTESTAD REGLAMENTARIA–Límites

El sentido natural y obvio y el genuino espíritu de la normatividad contenida en la Ley 39 de 1987, pone en evidencia que el legislador perentoria y expresamente excluyó de tales prescripciones, lo relacionado con el gas licuado (GLP) derivado del petróleo, por lo que mal podría el ejecutivo, so pretexto de reglamentar dicha ley, hacer inclusión, de algo que el legislador descartó manifiestamente.

DECRETASE LA NULIDAD de la totalidad del Decreto 2613 de 1989, dictado por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6010-6139-Acumulado. Actor: José María del Castillo y Dora Mariño Flórez.

Los señores JOSE MARIA DEL CASTILLO y DORA MARIÑO FLOREZ, presentaron demanda ante la Secretaría de esta Sección, en acción Pública de Nulidad de que trata el art. 84 del C.C.A., con el fin de lograr el primero la nulidad total del Decreto reglamentario No. 2613 de fecha 14 de noviembre de 1989, y la segunda la Nulidad Parcial del mismo Decreto, emanado del señor Presidente de la República y la señora Ministro de Minas y Energía.

En el presente proceso la parte actora solicitó la acumulación de los expedientes 6010 y 6139, en aras de la economía procesal, y, por auto de 6 de diciembre de 1990 (fl. 13, C. 3) se aceptó la acumulación solicitada, y por lo tanto se siguieron tramitando conjuntamente.

Los actores presentan como pretensiones las siguientes:

A) El primero solicita se decrete la nulidad total del decreto 2613 de 1989, asimismo pidió la suspensión provisional del acto administrativo, cuyo texto completo se publicó en el Diario Oficial No. 39062 del 14 de noviembre de 1989, y, es como sigue:

"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones relacionadas con las Almacenadoras de Gas Propano (G.L.P.).

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, y

"CONSIDERANDO:

"Que la Ley 39 de 1987, dictó disposiciones sobre distribución de petróleo y sus derivados;

"Que en el artículo 4o. de la mencionada ley se estableció que el Gobierno determinará las sanciones por incumplimiento y el procedimiento para su aplicación;

"Que de acuerdo con lo establecido en el artículo cuarto del Código de Petróleos, la distribución de gas propano G.L.P., es un servicio público;

"Que la distribución y comercialización de gas propano G.L.P., la efectúan distribuidores particulares, a los cuales el Ministerio de Minas y Energía, les ha asignado volúmenes o cupos de gas propano G.L.P., para estos efectos;

"Que las entregas de los cupos las realiza la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, en las refinerías, plantas de gas, y terminales de propiedad de la empresa;

"Que ha sido política de Ecopetrol eliminar al máximo las entregas de gas propano G.L.P. directamente a carrotanques y que en su lugar se efectúe a través de plantas que posean facilidades de almacenamiento, por las cuales reciben directamente el gas propano por tubería de Ecopetrol, bajo la operación denominada Trasiego;

"Que las empresas, propietarias de plantas de almacenamiento y entrega de cupos de gas propano G.L.P. en su mayoría, son sociedades compuestas por compañías adjudicatarias de cupos de gas propano, y han construido los tanques de almacenamiento bajo la dirección y fomento de Ecopetrol, con el propósito de aumentar la capacidad de almacenamiento en el país a fin de garantizar un adecuado suministro;

"Que es necesario reglamentar el funcionamiento y operación de estas plantas de almacenamiento y entrega de cupos de gas propano G.L.P.

"DECRETA:

"Artículo 1o.– Definición. Para todos los efectos legales del presente Decreto, se entiende por Almacenadora, el establecimiento que posea las instalaciones y equipos apropiados para el recibo, almacenaje y entrega de volúmenes o cupos de gas propano G.L.P., asignados por el Ministerio de Minas y Energía, el cual recibe de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, el gas propano G.L.P., por el sistema de Trasiego.

"Artículo 2o.– Registro. Todas las almacenadoras deberán actualizar su registro en el Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Hidrocarburos, dentro de los sesenta (60) días siguientes a partir de la vigencia del presente Decreto, mediante solicitud escrita donde consten los siguientes datos y documentos:

"a) Certificado actualizado de Constitución y Gerencia;

"b) Localización de la Almacenadora, indicando el municipio y la dirección;

"c) Listado de los socios con su respectiva participación accionaria;

"d) Estatutos vigentes de la Empresa;

"e) Estado de pérdidas y ganancias del último año, firmado por el Revisor Fiscal;

"f) Descripción técnica de la planta, donde conste el área del lote, tipo de encerramiento o, capacidad de almacenamiento estacionario, número y clase de tanques con su respectiva capacidad, año y marca de fabricación, equipos de medición y entrega de gas propano G.L.P., listado, descripción y características de los equipos y redes contra incendio y protección personal, y un plano de la planta actualizado a escala 1:500;

"g) Listado de las personas naturales o jurídicas no socias a quienes les manejan los cupos de gas propano G.L.P., indicando el volumen de galones por mes;

"h) Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual de acuerdo con el artículo 14 de este Decreto.

"Parágrafo. La información de que trata el presente artículo deberá actualizarse anualmente y siempre que varíen los datos suministrados, con anterioridad al 31 de marzo de cada año.

"Artículo 3o.– Equipos contra incendio. Toda Almacenadora, incluyendo las instalaciones de almacenamiento de gas propano G.L.P. en refinerías y terminales de entrega deben disponer de equipos y redes adecuadas contra incendio y enfriamiento, cuyos planos y diseños deben ser aprobados por el Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Hidrocarburos. Además, deberán disponer de una fuente de agua suficiente para alimentar la red.

"Parágrafo. Las almacenadoras que no posean equipos y redes contra incendio tienen un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de este Decreto para que presenten los planos al Ministerio de Minas y Energía y un plazo adicional de seis (6) meses para su construcción contados a partir de la fecha de aprobación de los planos respectivos.

"Artículo 4o.– En ningún caso se aprobará la construcción de instalaciones para preparación y cocción de alimentos dentro del área de las almacenadoras, únicamente será permitida la construcción para el servicio de oficinas.

"Artículo 5o.– Las entregas de gas propano G.L.P., sólo podrán efectuarse a vehículos debidamente acondicionados, que tengan licencia de transporte vigente, expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

"Artículo 6o.– Los volúmenes de gas propano G.L.P. entregados por las almacenadoras a los distribuidores, deberán hacerse a las mismas condiciones de presión y temperatura en que reciban el producto de Ecopetrol. Para ello deberán tener en cuenta la Resolución 4404 del 27 de diciembre de 1988 del Ministerio de Minas y Energía y las disposiciones que la modifiquen.

"Artículo 7o.– Cuando por circunstancias de producción y de suministro de las refinerías y plantas de gas, Ecopetrol entregue a las almacenadoras volúmenes de gas propano G.L.P. menores o superiores a los cupos adjudicados por el Ministerio de Minas y Energía, las entregas de la almacenadora a los distribuidores deberán efectuarse en forma proporcional al cupo

de cada empresa distribuidora, sin distinciones de ninguna clase, so pena de las sanciones contempladas en el presente Decreto.

"Artículo 8o.– Las almacenadoras deberán sujetarse a las resoluciones de precios de gas propano G.L.P. que dicte el Ministerio de Minas y Energía, así como a las normas de carácter técnico, especialmente el Decreto 499 de 1948, y las Resoluciones 580 de 1960, 904 y 1397 de 1965 del Ministerio de Minas y Energía, y las disposiciones que las modifiquen.

"Artículo 9o.– El Ministerio de Minas y Energía autorizará a Ecopetrol las entregas de volúmenes de gas propano G.P.L., a las almacenadoras, una vez que el distribuidor cumpla con los requisitos para su correcta distribución de acuerdo con las normas del Ministerio. Igualmente, las almacenadoras sólo podrán manejar los cupos de gas propano debidamente autorizados por el Ministerio de Minas y Energía.

"Artículo 10.– Toda almacenadora debe cumplir con una relación entre la capacidad volumétrica instalada de almacenamiento estacionario y el volumen de cupos manejados no menor del 25o/o. En ningún caso se autorizará el manejo de nuevos cupos a almacenadoras cuando por esta causa se disminuya el porcentaje indicado.

"Parágrafo. Las almacenadoras que actualmente no cumplan con lo indicado en el presente artículo, deberán ampliar su capacidad de almacenamiento estacionario, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año, contado a partir de la fecha de aprobación de los planos de ampliación por parte del Ministerio de Minas y Energía, los cuales deberán presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto.

"Artículo 11.– Por tratarse de la prestación de un servicio público, las almacenadoras no podrán suspender el servicio a las empresas distribuidoras sino por causa plenamente justificada ante el Ministerio de Minas y Energía. Así mismo, deberán prestar el servicio de almacenamiento y entrega a terceros siempre que dispongan de capacidad suficiente y sean autorizados por el Ministerio de Minas y Energía.

"Artículo 12.– Las almacenadoras deberán enviar al Ministerio de Minas y Energía dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, una relación detallada de los volúmenes de gas propano G.L.P. recibidos de Ecopetrol y los volúmenes entregados a los distribuidores, especificando el porcentaje entregado respecto del cupo autorizado por el Ministerio de Minas y Energía. Además, deberán presentar un balance volumétrico de gas propano G.L.P. manejado, que incluya la existencia a principio y fin de mes. Los volúmenes deben registrarse a las condiciones de temperatura y presión estipulada en la Resolución 4404 del 27 de diciembre de 1988.

"Parágrafo. Los excedentes volumétricos que se presenten al efectuar el balance deben ser repartidos y entregados a los distribuidores en forma estrictamente proporcional a los cupos manejados.

"Artículo 13.– Las almacenadoras, están obligadas a facilitar el acceso a sus instalaciones y suministrar la información requerida a los funcionarios que el Ministerio de Minas y Energía comisione con el fin de comprobar el cumplimiento de lo establecido en este Decreto.

"Artículo 14. Las almacenadoras deberán mantener vigente un seguro de responsabilidad civil extracontractual, que cubra daños a terceros en sus bienes y personas por la carga y manejo de gas propano G.L.P., expedido por una compañía de seguros establecida debidamente en el país, de acuerdo con las normas de la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio de las demás pólizas que tenga la almacenadora.

"El monto de las pólizas deberá calcularse así:

Capacidad de Almacenamiento Estacionario. Gls.de Agua		Valor de la Póliza Unidades Salario Mínimo Mensual
Hasta	50.000	300
Hasta	100.000	400
Hasta	200.000	500
Hasta	300.000	700
Hasta	400.000	1.000
Hasta	500.000	1.200
Hasta	500.000	1.500

"Parágrafo. El valor de la póliza está expresado en unidades de salario mínimo mensual vigente a la fecha de tomar o renovar la póliza.

"Artículo 15.– Cumplidos los requisitos contemplados en el presente Decreto, El Ministerio de Minas y Energía expedirá a las almacenadoras la respectiva licencia de funcionamiento, la cual tendrá una vigencia de tres (3) años.

"Artículo 16.– Sanciones. El Ministerio de Minas y Energía, previo informe de autoridad competente y mediante resolución motivada, podrá imponer las siguientes sanciones por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente Decreto:

"a) Multas hasta por un valor de cien (100) unidades de salario mínimo mensual vigente, a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Energía, cuando la almacenadora incurra en alguna de las siguientes causales:

Paralización, obstrucción, limitación, adulteración de medida de entrega, comercio ilícito o prestación inadecuada del servicio. O cuando se incumplan los plazos o no se presenten los informes y documentaciones requeridos por el Ministerio de Minas y Energía.

"b) Suspensión temporal de entrega de gas propano G.L.P., por un término no mayor a dos meses, cuando se reincida en alguna de las causales por las cuales se impuso la multa.

"c) Cancelación de la licencia de funcionamiento, cuando se reincida en causal de suspensión temporal de entrega de gas propano G.L.P.

"Parágrafo. En los eventos contemplados en los literales b) y c), el Ministerio de Minas y Energía autorizará a Ecopetrol para que entregue los cupos respectivos, bien sea en forma directa o a través de obra almacenadora.

"Artículo 17.– El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial".

B) La segunda solicita se decrete la nulidad parcial del decreto reglamentario No. 2613, así:

"1.– Del Artículo 2o. literales c), d), e), g) y h).

"2.– Del artículo 7o.

"3.– Del artículo 10. y su parágrafo.

"4.– Del artículo 11.

"5.– Del artículo 12 incluido su parágrafo.

"6.– Del artículo 14.

"7.– Del artículo 16 y sus literales a), b), c) y parágrafo". (fl. 7 C 1).

Como fundamento a la solicitud anterior citaron como hechos los siguientes:

"1.– La Ley 39 del 18 de noviembre de 1987, determinó en su artículo 1o. 'La distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público que se prestará de acuerdo con la ley'.

"2.– El artículo siguiente por su parte, clasifica y define a los distribuidores de combustibles líquidos derivados del petróleo, y, entre otros, define al distribuidor mayorista como 'Toda persona natural o jurídica que a través

de una plantas de abastecimiento construida con el lleno de los requisitos legales, almacene y distribuya al por mayor combustibles líquidos, derivados del petróleo, *con excepción del gas licuado del mismo (G.L.P.)*'.

"3.– No obstante que la excepción mencionada en la norma arriba transcrita, es clara el Gobierno Nacional a través del acto acusado, pretende reglamentar la ley 39 de 1987 en cuanto al funcionamiento y operación de las plantas de almacenamiento y entrega de cupos de gas propano (G.L.P.), cuando precisamente la ley mencionada había dispuesto que los distribuidores del gas propano no estaban sujetos a tal disposición". (fl. 3, C. No. 1, exp. 6010).

Como fundamentos de derecho dijeron al respecto:

"a. Normas violadas:

"Con la expedición del acto acusado se han violado los artículos 12, 32, 39, 120 - 3, de la Constitución Nacional, y la ley 39 de 1987.

"b. Concepto de la Violación:

"El artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional, establece que 'corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa ... 3) Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes' " (fls. 3 y 4, C. 1, exp. 6010).

La demanda del proceso 6010 fue presentada el 17 de enero de 1990 y admitida por auto de 7 de marzo del mismo año, con el cual se suspendió provisionalmente el Decreto 2613. La del proceso 6139, se presentó en la Secretaría de la Sección Primera y luego trasladada por competencia a la de la Sección Tercera, y, admitida por auto de 7 de junio de 1990. Mediante auto de junio 28 del mismo año, se confirmó la suspensión provisional (folio 87, C. 1).

Como se dijo anteriormente las partes solicitaron la acumulación de los procesos y por auto de 7 de diciembre de 1990 (fl. 13, C. 3), se decretó tal petición.

Llegado el momento procesal correspondiente se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, así se hizo: la señora Dora Mariño Florez, reitera las pretensiones de la demanda (fls. 25 a 36, C. 3), mientras que el representante del Ministerio de Minas dice que no puede hablarse de inconstitucionalidad e ilegalidad, por el presunto desconocimiento del régimen jurídico y solicita se declare la legalidad del Decreto 2613 del 14 de noviembre de 1987.

El doctor FERNANDO OSPINA HENAO, Fiscal Décimo de la Corporación en su concepto de fondo expresó:

"Pretenden los actores que se declare la nulidad total uno y la nulidad parcial el otro, del Decreto No. 2613 de 1989, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente la Ley 39 de 1987.

"Se trata de establecer si con fundamento en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República tenía la facultad de reglamentar la Ley 39 de 1987, mediante el Decreto 2613 de 1989, sin exceder su contenido.

"La parte considerativa del acto administrativo impugnado señala que la ley 39 de 1987 dictó disposiciones sobre distribución de petróleos y sus derivados y luego de algunas motivaciones sobre la política petrolera reglamenta el funcionamiento de las almacenadoras y distribuidoras de gas propano G.L.P.

"Por su parte, el artículo 2o. de la ley reglamentada, dispone:

"... artículo 2o. se entiende por:

"Gran distribuidora mayorista: La Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

"Distribuidor mayorista: Toda persona natural o jurídica que a través de una planta de abastecimiento construida con el lleno de los requisitos legales, almacene y distribuya al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP).

"Distribuidor minorista: Toda persona natural o jurídica que expenda directamente al consumidor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP), por intermedio de estaciones de servicio propias o arrendadas.

"Gran consumidor: Toda persona natural o jurídica que, con adecuado almacenamiento para petróleo crudo y combustibles líquidos derivados del petróleo y con el lleno de los requisitos legales correspondientes, se provea directamente de las refinerías o plantas de abastecimiento para su propio uso industrial.

"Transportador: Toda persona natural o jurídica que transporte hidrocarburos y combustibles líquidos de petróleo en vehículos automotores".

"Ambas disposiciones son, pues, de una claridad transparente. La ley hace referencia a las almacenadoras y distribuidoras de petróleo y sus deriva-

dos, con exclusión del gas licuado G.L.P., al paso que el decreto demandado reglamenta el almacenamiento y la distribución del mismo producto.

"Es obvio, que la norma que se dice violada por el decreto acusado limitó sus alcances al excluir de sus previsiones el gas propano, cuyo almacenamiento y distribución reglamentó el acto impugnado, contrariando la excepción legal. Luego, no podía el Presidente regular la materia haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 120.3 de la Constitución Nacional, sin transgredir la norma superior que invocaba, con pretexto de reglamentaria.

"El ordenamiento constitucional limita la potestad reglamentaria del Presidente, orientada al desarrollo y ejecución de lo que expresa la ley. En otras palabras, la actividad presidencial debe moverse dentro del marco estricto de la ley, sin ir más allá de ella, so pena de desbordar la potestad reglamentaria.

"La jurisprudencia y la doctrina han demarcado la naturaleza y el alcance de los actos reglamentarios, en el sentido de que no pueden ampliar ni restringir la norma superior a la cual están sometidos, sin menoscabar el contenido de la misma.

"En torno a esta materia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada al predicar:

" 'La ley sienta los principios generales y el derecho reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores. Obviamente que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, mal puede ampliar o restringir el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas, o suprimiendo las contenidas en la misma, puesto que ello ya no sería reglamentar sino legislar, como también lo ha sostenido en innumerables ocasiones esta Corporación ... Por consiguiente es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella'. (sent. noviembre 29 de 1984, Expediente 4429 Ponente, Dr. Samuel Buitrago Hurtado).

"El constitucionalista, doctor Luis Carlos Sáchica, enseña:

" 'La potestad reglamentaria a que se refiere el ord. 3o. del art. 120 característica del presidente como jefe de la administración, le permite al expedir los decretos, órdenes y resoluciones que precisan, particularizan y hacen viable la ley que reglamenta, interpretaria, sin exceder su contenido y términos, interpretación que es una especie de colaboración indirecta en la

labor de creación del derecho por ser la autoridad que realiza y da eficacia a la tarea del legislador. Se discute la naturaleza de los actos reglamentarios, pues algunos los consideran de carácter legislativo, desde el punto de vista material, dadas su generalidad y permanencia, iguales a las de la ley que reglamentan. Sin embargo, su categoría es la de simples actos administrativos, ya que las reglamentaciones no pueden, como la ley, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, debiendo limitarse a adoptar las medidas necesarias para hacer producir la plenitud de sus efectos a la ley, tanto expresos como implícitos.

"Es claro que la potestad reglamentaria envuelve y exige una interpretación previa de la ley, para evaluar y así poder determinar su desarrollo y efectos, pero los reglamentos no pueden ampliar ni restringir las consecuencias lógicas de la ley, ni menos contrariar su sentido'. (Constitucionalismo Colombiano, Ed. Temis - 1980, pág. 349).

"En el caso en comento, no hay duda de que el gobierno rebasó su facultad reglamentaria al regular lo que concierne al almacenamiento y distribución del gas propano, en manifiesta contradicción con la ley. Sería grave para la estabilidad jurídica de las instituciones y la seguridad de los administrados consagrar la tesis de que en materia reglamentaria, la violación de una norma de superior jerarquía es intrascendente en la medida en que sea accidental, porque se rompería el principio de la separación entre las ramas del poder público, que es lo sustancial.

"Por lo demás, esta agencia Fiscal comparte los argumentos expuestos por la H. Sala en auto de fecha marzo 7 de 1990, y que obra a folio 14 y siguientes del cuaderno 1, Expediente 6010, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del decreto demandado, por considerar que dicha providencia se ajusta en un todo a las disposiciones de ley.

"Las razones expuestas son suficientes para solicitar respetuosamente a la Honorable Sala, decretar la nulidad del decreto reglamentario impugnado". (fls. 40 a 43, c. 3).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Los importantes aspectos regulados por el Decreto que se impugna tienen virtual importancia dentro del proceso industrial y económico de los productos derivados del petróleo, materia que por dicho interés para la comunidad en general ha de ocuparse de ella el Estado.

Conviene averiguar desde éste mismo momento si la ley que dice reglamentar el Decreto No. 2613 de 1989, esto es la No. 39 de 1987, se ocupa o no del llamado gas propano G.L.P., o si por el contrario, como insisten los demandantes, se trata de materia ajena a esta normatividad. Para concluir,

en uno u otro sentido, la Sala resalta el contenido del art. 2o. de la ley 39 de 1987, cuyo tenor es el siguiente:

"Gran distribuidor mayorista: La Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

"Distribuidor mayorista: Toda persona natural o jurídica que a través de una planta de abastecimiento construida con el lleno de los requisitos legales, almacene y distribuya al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP).

"Distribuidor minorista: Toda persona natural o jurídica que expenda directamente al consumidor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP), por intermedio de estaciones de servicio propias o arrendadas.

"Gran consumidor: Toda persona natural o jurídica que, con adecuado almacènamiento para petróleo crudo y combustibles líquidos derivados del petróleo y con el lleno de los requisitos legales correspondientes, se provea directamente de las refinerías o plantas de abastecimiento para su propio uso industrial.

"Transportador: Toda persona natural o jurídica que transporte hidrocarburos y combustibles líquidos del petróleo en vehículos automotores".

2. Sin mayores dificultades, salta a la vista que el legislador excluyó expresamente de la regulación hecha por la ley 39 de 1987, uno de los derivados del petróleo cual es el gas licuado del mismo (GLP), y así, lo reitera en los dos primeros incisos del art. 2o. de la ley 39 de 1987.

Por el contrario, el ejecutivo, quien en su función de reglamentar las leyes tiene límites o cortapisas, decidió, a través del decreto demandado, proferir un completo estatuto para regular las almacenadoras y la comercialización de gas propano GLP, el cual recibe el particular de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, para ser distribuido a los consumidores. En efecto, en 18 arts. del referido decreto 2613 de 1989, se ocupó el ejecutivo de regular íntegramente la materia de que se viene tratando, dando definiciònes, estableciendo la necesidad de registros, detallando equipos contra incendio, prescribiendo la solicitud, trámite y otorgamiento de licencias, fijando cantidades y volúmenes, estableciendo mecanismos de control y vigilancia sobre los particulares que se dediquen al almacenaje y comercialización del gas propano GLP, cuando no para imponer la obligación de otorgar garantías a través de contratos de seguros de responsabilidad civil extracontractual que amparen daños a terceros, en las modalidades y proporciones que aparecen en el art. 14 del Decreto demandado, y, en fin, para

asignar sanciones por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de dicho Decreto, en la modalidad de multas, suspensión temporal de entrega de gas y cancelación de licencia de funcionamiento. Se trata pues, de todo un estatuto tendiente a regular el almacenamiento y distribución del gas propano GLP, materia que como se vio con la transcripción del art. 2o. de la Ley 39 de 1987, fue expresamente excluída de esta normatividad legal.

3. El abrogado numeral 3o. del art. 120 de la Constitución Nacional de 1886, preveía como función propia del Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria para expedir órdenes, decretos y resoluciones "necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", atribución que en iguales términos repitió el numeral 11 del art. 189 de la Carta de 1991.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de entender la potestad reglamentaria, como función propia del Presidente de la República, como instrumento de colaboración por parte del ejecutivo al legislativo, con el propósito de lograr la cumplida y eficaz ejecución de las leyes, para desarrollar lo que ellas comportan o llevan de manera implícita, pero teniendo el especial cuidado de que a través del reglamento ni se restrinja ni se amplíe el genuino querer del legislador, pues la modificación de la ley, para extenderla a eventos no previstos en ella o para redúcir su marco de aplicación, hacen que el reglamento contraríe los textos constitucionales que lo estatuyen.

El sentido natural y obvio y el genuino espíritu de la normatividad contenida en la ley 39 de 1987, ponen en evidencia que el legislador perentoria y expresamente excluyó de tales prescripciones, lo relacionado con el gas licuado (GLP) derivado del petróleo, por lo que mal podría el ejecutivo, so pretexto de reglamentar dicha ley, hacer inclusión, se repite, de algo que el legislador descartó manifiestamente.

4. En providencia de 19 de noviembre de 1990, esta Sección, en materia de decretos reglamentarios, se pronunció así:

"A simple vista, la norma reglamentada para nada se refiere al tema de cesiones de contratos o aprobaciones de los mismos, aun cuando considera la Sala que tales aspectos son parte integrante, necesaria e inherente a la facultad de contratación que se desprende del Decreto 2310, ya que quien tiene el poder de celebrar un contrato, lo tendrá también, en principio, para definitir lo referente a la cesión del mismo. Pero lo que sí es claro, a juicio de la Sala, es que ninguna de las disposiciones del Decreto 2310 de 1974, y menos aún su artículo 1o., pueden interpretarse en el sentido de que ella conllevan, u otorgan, ni explícita ni implícitamente, facultades al Ministerio de Minas para no motivar sus decisiones.

"De donde se desprende que al establecer, mediante decreto reglamentario, que las aprobaciones e improbaciones de las cesiones de tales contratos podrían no estar motivadas, reguló una materia no prevista en la ley reglamentada y se auto-otorgó unas facultades que prima facie contradicen el mandato de los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo". (Exp. No. 6323; Actor: Héctor Ramón Rodríguez; Consejero Ponente; Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla). Caso similar es el que ahora ocupa la Sala, dado que el decreto impugnado se ocupó de regular una materia no prevista en la ley reglamentada, antes bien, de la cual se había excluido expresamente aquella, y se auto asignó facultades que no quizo atribuirle al Presidente de la República el constituyente de 1886 ni ha querido asignárselas el de 1991.

5. Al ocuparse de la suspensión provisional de los efectos del Decreto demandado, la Sala estudió el aspecto del desbordamiento de las atribuciones por parte del ejecutivo. Las conclusiones a que llegó para suspender el susodicho decreto, hoy siguen siendo válidas y la entidad impugnadora de la demanda no logró hacer cambiar dicho criterio, a lo largo del plenario.

Lo anterior hace que la demanda esté llamada a tener éxito total, es decir que se acceda a decretar la nulidad definitiva de la totalidad del Decreto 2613 de 1989.

Por lo expuesto y obrando 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:

DECRETASE LA NULIDAD DEFINITIVA DE LA TOTALIDAD DEL DECRETO 2613 DE 1989, dictado por el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Minas y Energía, cuya suspensión provisional fue decretada por providencia de esta Sala de fecha 7 de marzo de 1990, y confirmada por proveído de 28 de junio del mismo año.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 30 de enero de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA/CONTINENCIA DE LA CAUSA

Se pone de presente en el *sub-lite* la conveniencia, por no decir la necesidad, de investigar "en conjunto" las diversas circunstancias resaltadas; vale decir, procesarlas "bajo una misma cuerda" y decidirlas con una misma sentencia. Dicho miramiento fundado en lo que se llama "continencia de la causa", con lo cual se evita multiplicidad de procesos, prejudicialidades y eventuales decisiones contradictorias, son razones más que suficientes para que el llamamiento en garantía merezca acogimiento.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6843. Actor: Sociedad Raúl Valderrama y Asociados S. en Co.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, contra el auto de 25 de abril de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del cual se negó el llamamiento en garantía de: "B. Faccini Bogotá y Cía. Ltda., Fabio Mejía y Cía Ltda., Jorge Enrique Grijalba Díaz, Granitos y Mármoles S.A., Fábrica de Muebles Logon Ltda., Cielos Rasos y Divisiones Ltda.", formulado dentro del proceso.

Para tomar la anterior decisión, el *a-quo* consideró:

"Puede llamarse en garantía invocando razones de orden legal o contractual. En la primera hipótesis se ubica el demandado, pues sostiene su derecho en las normas 90 del decreto 222/83, y 831 del Código de Comercio y no en la celebración de negocio jurídico.

"Y prueba los hechos en que se apoya. De la existencia de un contrato de administración delegada, de la existencia de los sub-contratos, y de las planillas de liquidación, con los documentos anexos a la demanda.

"No se encuentra a cambio, que existe derecho legal a vincularlos con fundamento en éstas u otra norma sustantiva. El examen del artículo 90 del decreto 222/83 que dice: 'El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre', excluye cualquier vínculo entre el contratante –Caja– y los subcontratistas, e impide a aquella llamar a éstos, a los procesos en que se enfrente con el contratista; en otras palabras, si la Caja era ajena –por disposición legal–, a los subcontratos entre Valderrama S. en C. –su administrador– y B Faccini Bogotá y Cía. Limitada g.r. no puede llamar a éste al juicio, porque cualquier vínculo con él, no nace del contrato de administración delegada, dado el sentido de la norma copiada.

"Y si se pensase, en la viabilidad de acudir al artículo 831 del Código de Comercio, que enuncia como principio general, la sanción al enriquecimiento ilícito, llegamos a la misma conclusión. Pues ella por su propia naturaleza supone la ausencia de vínculo entre empobrecido – enriquecido, a pesar de lo cual hay traslado patrimonial.

"Si una disposición autorizara a alguien transferir a otro, aquello que eventualmente deba pagar, no podría hablarse de la aplicación de éste marco normativo, pues él supone –dado su carácter subsidiario–, que no hay frente que permita la circulación patrimonial.

"Dentro de esta hipótesis legal, si la Caja pagó aquello que no debía, empobreciéndose, lo hizo no en virtud de sentirse obligada por su administrador, sino porque obró equivocadamente.

"Su error de conducta, supone entonces una acción de pago de lo no debido, contra el beneficiado, pero ajena por completo a toda otra relación, e inacumulable por tanto con cualquier demanda. (fls. 60 y 61).

Inconforme el apoderado de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, interpuso recurso de apelación en escrito que ocupa los folios 63 a 69, quien lo fundamentó así:

"....

"1.– Extemporaneidad de la calificación de la conducta de la Caja.

"El auto contra el cual recurro se apresura a calificar de 'equivocada' la conducta de la Caja al hacer los pagos a los subcontratistas, conclusión a la que no podría llegarse sino al cabo del proceso, conocidos todos los antecedentes, todas las pruebas, y todos los motivos de las partes.

"El llamamiento en garantía se pidió para que *'en el evento de que la sentencia acoja una o varias de las pretensiones de la demanda de que como consecuencia de ello deba hacerse una liquidación en la que la Caja tenga que pagar o reconocer a RAUL VALDERRAMA Y ASOCIADOS S. EN C., suma alguna por concepto de los saldos positivos que resulten a favor de las personas a quienes se hace este llamamiento, se resuelva sobre la relación que existe entre ellas y la Caja y se las condene a reintegrar a la Caja las sumas que de ella recibieron ...'*.

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, que cita y acoge Hernán Fabio López Blanco, no es pertinente un pronunciamiento del juzgador sobre las relaciones entre quien llama en garantía y los citados por él, mientras no sean acogidas las pretensiones del demandante".

"En el caso *sub-júdice*, mientras la Caja no sea obligada a pagar al actor lo que ya pagó a los subcontratistas, por cuenta de éste, y en relación directa con el contrato que existía con éste, y mientras no haya lugar a resolver sobre la relación entre la Caja y los llamados en garantía, resulta inoportuno que el H. Tribunal se precipite a calificar la conducta de la Caja respecto a los llamados en garantía. Solicito que así se declare.

"2.– Hay derecho legal a evitar el enriquecimiento sin causa, por medio del llamamiento en garantía.

"Por lo demás, el auto que recurro se funda en las siguientes consideraciones de las que, con todo respeto, discrepo:

"a) No existe vínculo legal entre quien se enriquece sin causa, y quien se empobrece en forma correlativa; por lo tanto, las relaciones que se enmarquen dentro del artículo 831 del C. de C. no dan lugar al llamamiento en garantía.

"b) Si una entidad pública contratante ha pagado por error, no al contratista por administración delegada, sino a los subcontratistas, debe ejercer contra estos una acción de pago 'pago de lo no debido', ajena por completo a cualquier otra relación.

"Para censurar las razones del Tribunal, es bueno advertir que el artículo 57 del C.P.C. permite que haga el llamamiento en garantía 'quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia para pedir la citación de aquél ...'.

"Siguiendo la jurisprudencia que la Corte estableció desde 1933, la doctrina afirma que el 'pago de lo no debido' es una especie de 'enriquecimiento sin causa' (Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil* – Bogotá: Temis, 1974, T. III. pp. 343, 344 y 350). La norma directamente aplicable es el artículo 831 del Código de Comercio. La Caja tendría que invocar esa norma al acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pedir la anulación de sus propios actos de liquidación, y solicitar como restablecimiento la devolución de los pagos hechos. Lo cual no excluye, por supuesto, que en la medida en que sea indispensable para completar o facilitar el análisis de las situaciones, se recurra a otras normas, directamente o por analogía, y especialmente a las que contiene el libro 4, título 33, capítulo 2o. del Código Civil (Del pago de lo no debido).

"Es claro que entre quien se enriquece sin justa causa, y su víctima, no existe una relación contractual; y es claro, además, que al invocar el 'enriquecimiento sin causa' se afirma, implícitamente, que entre el enriquecido y el empobrecido no existe otro género de relación legal distinto del enriquecimiento sin causa, en sus varias especies.

"Pero de allí no se sigue, de ninguna manera, que el fenómeno de 'enriquecimiento sin causa' no sea, *por sí mismo*, fuente *legal* de derecho a exigir indemnización o reembolso. El Tribunal se ha equivocado, al interpretar el artículo 57 del C. P.C. como si él dijera: 'Quien tenga derecho legal (*distinto del que surge del artículo 831 del C. de C.*) o contractual de exigir a un tercero ... Etc.'. Al examinar la procedencia del llamamiento en garantía, el Tribunal no podía dejar de tener en cuenta una relación legal que el legislador no ha excluido al regular el asunto.

"La doctrina acepta que el llamamiento en garantía procede, inclusive, en casos de responsabilidad civil indirecta (Art. 2354 del C.C.). No se ve motivo para que no proceda en el evento del enriquecimiento sin causa, Si la responsabilidad es título legal suficiente para fundar el llamamiento en garantía, el enriquecimiento sin causa lo es de la misma manera.

"Si puede afirmarse, como principio general, que la víctima de un daño tiene derecho a indemnización cuando no estaba obligada o soportar

éste, puede decirse, también, que el empobrecido sin causa no está obligado legalmente a sufrir el perjuicio anti jurídico que le infringe quien se enriquece a su costa. Donde hay la misma razón debe haber la misma disposición. Por ello, el 'enriquecimiento sin causa' es fuente legal de un derecho, en favor del empobrecido, a reclamar de quien se enriquece sin causa un reembolso, para no ser víctima injusta de un perjuicio.

"Tal como se dijo arriba, dada la forma como se redactaron las pretensiones de la demanda, en el evento de que el actor tuviera éxito en ellas, la Caja podría resultar pagando dos veces los mismos subcontratos: una vez a los subcontratistas, y otra al contratista. La Caja tendría entonces un derecho, nacido del artículo 831 del C. de P.C., a exigir a los subcontratistas un reembolso para evitar un perjuicio –enpobrecimiento sin causa– como resultado de la sentencia. Se dan, pues, todos los requisitos del artículo 57 del C.P.C. para que proceda el llamamiento en garantía.

"No sobra, finalmente, advertir que el instituto del llamamiento en garantía tiene un propósito claro de economía procesal, que debe servir de guía al interpretar las normas pertinentes. Los subcontratistas habrían podido ser llamados como partes desde el principio. Si la relación entre el demandado y el llamado en garantía resulta afectada por el resultado de un proceso (por la íntima relación de dependencia que existe entre las pretensiones que el actor formula y las que la Caja podría presentar contra los subcontratistas) conviene que el llamamiento en garantía se haga efectivo, para evitar luego que la rama jurisdiccional del poder público tenga que ocuparse de nuevo de un asunto en el que por lo menos una de las partes, muchos de los hechos, de las razones de derecho, y de las pruebas resultarán comunes con los que ya han sido planteados.

"No hay razón para obligar a la Caja a que ejercite por separado, como sería el caso, una acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 86 del Decreto 1 de 1984) contra los actos administrativos que ella misma produjo, en favor de los subcontratistas, para recuperar las sumas que resulten, eventualmente, pagadas sin causa; lo natural es que esas relaciones se resuelvan, también, en este proceso. Y la decisión será, también, eventualmente, más justa, si hay un llamamiento en garantía, porque el juzgador podrá examinar desde una perspectiva más amplia el conjunto de las relaciones envueltas".

Para resolver se CONSIDERA:

1. Prescribe el art. 57 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo por disposición expresa del art. 217 del C.C.A., modifi-

cado por el art. 54 del Decreto 2304 de 1989, que "Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores".

2. Varios aspectos habrán de tenerse en cuenta para concluir si procede o no el llamamiento en garantía, en un determinado proceso, a saber:

a) El derecho invocado por el llamante, bien de origen legal o de naturaleza contractual;

b) Que con base en prescripción legal o disposición negocial, el llamante pueda exigirle a alguien extraño a la relación jurídico procesal contractual, conocido con el nombre de tercero, bien la indemnización del perjuicio que pudiere llegar a sufrir aquél, cuando no el reembolso total o parcial del pago que tuviere que efectuar como consecuencia del fallo condenatorio;

c) El llamamiento en garantía es facultativo a instancia de la parte que encontrándose en las condiciones de los ordinales anteriores, así lo solicite;

d) Dentro del mismo proceso en que ocurra la vinculación del tercero llamado, esto es, más propiamente con la misma sentencia que se desata en relación procesal principal habrá de resolverse sobre la relación procesal entre el llamante y el llamado;

e) Conforme al ordinal inmediatamente anterior, es presupuesto indispensable para entrar a resolver la situación jurídica entre el llamante y el llamado, que hubiere decisión adversa al llamante.

3. De las copias remitidas a esta Corporación fácil resulta concluir que la Sociedad Raúl Valderrama y Asociados S. en C. demandó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR, con el propósito, entre otras, de que la jurisdicción administrativa declare la nulidad de las resoluciones Nos. 2518 de 22 de junio de 1988 y 4438 del 9 de noviembre de 1988, proferidas por el Director General de dicha Caja, según las cuales se declaró en firme el acta de liquidación del contrato No. 011 de 1983 y sus adicionales 01, 02, 03, 04 y 05, ajustados para la construcción POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACION DELEGADA de los acabados arquitectónicos, montajes, e instalaciones de la Segunda Torre del Hotel Hilton Internacional de Bogotá, la primera, y, se declaró en firme el acta de liquidación modificada del contrato 011 de 1983 y sus adicionales atrás señala-

dos. En la pretensión tercera (fl. 5), pretende la demandante a manera de restablecimiento del derecho que la demandada resulte responsable porque "d) Descontó sumas de dinero por supuestos saldos negativos de subcontratos celebrados por la demandante, habiéndose negado a efectuar los correspondientes cruces con los saldos positivos existentes en los mismos subcontratos; ..."; en la pretensión cuarta consecuencial de la anterior, se consigna el reconocimiento y pago de las sumas de dinero que, según la demandante, dejaron de incluirse en la liquidación unilateral practicada por la demandada y devuélva las cantidades descontadas y legítimamente, en guarismo que indica por encima de los SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($700.000.000.oo).

4. A partir de Fl. 8 se observan los hechos fundamento de las pretensiones y la parte actora recalca sobre el contrato de 9 de diciembre de 1983, como uno de los de "obra pública", por el sistema de ADMINISTRACION DELEGADA; hace notar de la existencia de un comité de compras integrado por funcionarios de la entidad demandada y la interventoría a más del administrador delegado, el que celebraría contratos con terceros "de los cuales, como es lógico respondería la entidad pública, como se consignó en los subcontratos realizados". Se narran ciertas etapas de iliquidez que condujeron a demoras en los pagos a los subcontratistas y a la demandante, al igual que se denuncia demoras en la aprobación de pliegos e invitaciones para subcontratar, cuando no la tardanza para situar fondos a efecto de proveer de pago a los subcontratistas. En fin, en los hechos 23 y 24 (fls. 14 y 15) se dice que la Caja efectuó descuentos por concepto de saldos negativos por valor de $49.571.335,96,, correspondientes a los subcontratistas y menciona los mismos que la demandada llamó en garantía; aduce que los saldos positivos a los subcontratistas fueron hechos por la Caja, directamente, en los meses de noviembre y diciembre de 1988.

5. Interpretados en conjunto, las pretensiones de la demanda, los hechos fundamento de las pretensiones, las circunstancias aducidas por la demandada para buscar la vinculación de los subcontratistas mencionados en el hecho 23 del libelo demandatorio y que son los mismos que identifica con su llamamiento en garantía la parte pasiva de este proceso, no puede menos de concluirse sobre la existencia de la INTIMA RELACION entre unos y otros, y, entre todos ellos, que verdaderamente resultaría difícil su escisión.

6. Lo dicho en la última parte del punto anterior, pone de presente la conveniencia, por no decir la necesidad, de investigar "en conjunto" las diversas circunstancias resaltadas, vale decir, procesarlas "bajo una misma cuerda" y decidirlas con una misma sentencia. Dicho miramiento fundado en lo que se llama "continencia de la causa", con lo cual se evita multiplicidad de procesos, prejudicialidades y eventuales decisiones contradictorias, son razones más que suficientes para que el llamamiento en garantía buscado por la entidad demandada merezca su acogimiento.

7. No debe perderse de vista que la manera como las partes del contrato de obra convinieron la modalidad del mismo, aplicándole la fórmula de ADMINISTRACION DELEGADA, hace pensar que bien pudiera presentarse el caso de prosperar alguna o algunas de las pretensiones de la demandante respecto de las cuales la demandada pudiera verse comprometida frente a los subcontratistas, o, al menos precisada a intentar de éstos el reembolso de lo inadecuadamente pagado a los mismos.

8. Los puntos de vista del Tribunal para arribar a la conclusión denegatoria del llamamiento en garantía, no los comparte la Sala por ser extremadamente apegados al tenor literal del art. 57 del C. de P.C., cuando la función del juez debe ser la de hacer operante las instituciones jurídicas, según las diversas circunstancias que rodeen el caso a estudio, por más exiguo que resulte el texto legal correspondiente. Se agrega esto por cuanto la interpretación sistemática del *sub-júdice*, tal como quedó plasmado en los puntos anteriores, conduce a la viabilidad del llamamiento en garantía. Adicionalmente, por el momento procesal en que debe proponerse la figura en comento, no se puede ser extremadamente rígido en cuanto a su procedencia, pues resulta menos grave que después de la práctica de pruebas y demás pasos procesales se deduzca que no se daban todos los requisitos de la misma, que no el rechazo *in limine* que comporta el auto del *a-quo*.

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

RESUELVE:

1. REVOCASE el auto de 25 de abril de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera.

2. ADMITESE el llamamiento en garantía propuesto por la entidad demandada, en las condiciones y términos consignados en su memorial presentado el 15 de noviembre de 1989 y que ocupa los fls. 41 a 46 de las copias de este recurso.

3. Cítese al proceso a B. Faccini Bogotá y Cía. Ltda., Fabio Mejía y Cía. Ltda., Jorge Enrique Grijalba Díaz, Granitos y Mármoles S.A., Fábrica de Muebles Logon Ltda. y Cielos Razos y Divisiones Ltda., señalándoseles un término de cinco (5) días para que intervengan dentro del mismo.

4. Notifíquese este auto en la misma forma en que lo fue el de la demanda.

5. Suspéndese el presente proceso en la forma dispuesta en el artículo 56 del C. de P.C. (Decreto 2282, art. 1o. num. 20).

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

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 6 de febrero de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Javier Díaz Bueno,* Conjuez – Ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MATERIALES/CONSCRIPTO

Si bien se probó que al momento de su deceso el occiso no devengaba suma alguna por actividad laboral, también se encuentra probado que antes de su ingreso a prestar el servicio militar obligatorio, sí trabajaba, sí producía, sí percibía ingresos económicos que se trasladaban hacia sus propias necesidades y las de sus padres. Tales realidades, en ningún momento simples espectativas, fueron truncadas o suspendidas por el llamado oficial para cumplir con el deber de prestar el servicio militar, sin que pueda entenderse que en su futuro únicamente se ofrecían las profesiones de oficial, suboficial o agente de policía, para las cuales ciertamente no se estaba formando, porque antes de tales espectativas él ya vivía una realidad laboral y económica en las distintas actividades que desempeñaba, de las cuales, en principio, fue suspendido por llamamiento de la administración para el cumplimiento de un deber y, posteriormente, separado en forma definitiva por falla de la administración.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA–Arma oficial

Se acertó al declarar la responsabilidad de la administración por la muerte violenta y accidental del hoy occiso, ejecutada con arma de dotación oficial, lo que permitió resolver el asunto con aplicación de la teoría de la falla presunta, aunque también pudo estructurarse sobre una falla probada, pues el manejo irresponsable, atrevido e imprudente que del fusil recibido para instrucción se hiciera, contrariando expresas normas legales y reglamentarias que le imponían una utilización mesurada, prudente y adecuada del arma, configuran la falla del servicio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6596. Actor: Aníbal Castellanos y Otros.

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o.) Declárase responsable a la Nación –Ministerio de Defensa POLICIA NACIONAL– por falla presunta del servicio, en la que de manos de un agente auxiliar de la Policía Nacional, murió MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA, el día 3 de noviembre de 1987, en las circunstancias analizadas en la parte considerativa de esta providencia.

"2o.) Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la NACION –MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL– a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades:

"1.000 gramos de oro a ANIBAL CASTELLANOS y LIGIA ECHAVARRIA DE CASTELLANOS, para cada uno de ellos.

"500 gramos de oro para cada una de las siguientes personas: LUIS ANIBAL CASTELLANOS, LIGIA CASTELLANOS ECHAVARRIA, EFREN CASTELLANOS ECHAVARRIA e IRENE CASTELLANOS ECHAVARRIA.

"Estos valores se consideran como condena en concreto y se determinarán conforme a certificación expedida por el Banco de la República sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o.) Condénase a la NACION –MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL– a pagar a ANIBAL CASTELLANOS y LIGIA ECHAVARRIA DE CASTELLANOS, la suma que se determine por los trámites previstos en el artículo 135 del C. de P.C. conforme a las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia.

"4o.) Condénase a LA NACION –MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL– a pagar a las siguientes menores hasta cuando adquieran la mayoría de edad en el lapso comprendido entre la muerte de MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA y el 7 de noviembre de 1991 fecha en que se limitan los perjuicios materiales: – LUIS ANIBAL, EFREN, IRENE y LIGIA CASTELLANOS ECHAVARRIA, la suma que se determine con los trámites previstos en el artículo 135 del C. de P.C. siguiendo las bases previstas en la parte motiva de esta providencia.

"5o.) Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"6o.) Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"7o.) CONSULTESE SI NO FUERE APELADA". (Fols. 102 a 103).

ANTECEDENTES PROCESALES

1o.– Las pretensiones.–

En escrito presentado el 7 de diciembre de 1987, ante el Tribunal Administrativo del Cauca, los señores Aníbal Castellanos y Ligia Echavarría de Castellanos, en su propio nombre, y en representación de los menores Luis Aníbal, Efrén, Irene y Ligia Castellanos Echavarría formularon demanda para que se produjeran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.– LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA-Policía Nacional), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a ANIBAL CASTELLANOS y a LIGIA ECHAVARRIA DE CASTELLANOS, esposos legítimos entre sí, y a sus hijos menores de edad LUIS ANIBAL, EFREN, IRENE y LIGIA CASTELLANOS ECHAVARRIA, representados por los dos primeros, con la muerte violenta de que fue víctima el joven MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA, hijo legítimo de los dos primeros y hermanos legítimo de los menores, en hechos sucediso en las instalaciones del Cuartel de la Policía Nacional en la ciudad de Popayán, el día 1o. de noviembre de 1987, los cuales fueron protagonizados por un miembro de la Policía Nacional en evidente falla del servicio, al disparar imprudentemente su arma de dotación oficial (fusil), hiriendo mortalmente en el cuello al mencionado MOISES CASTELLANOS, quien falleció en el acto.

"SEGUNDA.– CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA –Policía Nacional–), a pagar a ANIBAL CASTELLANOS, LIGIA ECHAVARRIA DE CASTELLANOS, y a los menores LUIS ANIBAL, EFREN, IRENE y LIGIA CASTELLANOS ECHAVARRIA, representados por los dos primeros, quienes son sus padres legítimos, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA 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 econó-

mica a que se dedicaba (comercio y Agente de Policía Nacional), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (20 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 gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado etc., que se sobrevinieron como consecuencia de la muerte de MOISES, conforme a lo que se demostrase en el proceso o, subsidiariamente, en aplicación del art. 107 del C. Penal.

"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 *'pretium doloris'*, consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario, nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el autor del hecho es un propio compañero de armas que tenía como misión constitucional el velar por la vida de los asociados, y cuando se arrebata la vida de un ser querido (hijo y hermano).–

"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 30 días siguientes a su ejecutoria". (Fols. 10 a 12).

2o.– Fundamentos de hecho.–

En lo fundamental se relacionan así en el libelo:

"4o.– En los primeros meses del año 1987 el joven MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA fue reclutado para el servicio militar obligatorio, optando por ingresar a la Policía Nacional como Auxiliar, por lo cual fue adscrito a la Escuela "SIMON BOLIVAR" de la ciudad de Tuluá (V), Institución que lo trasladó al Cuartel de la Policía Nacional en la ciudad de Popayán, para que avanzara en su Instrucción, sitio donde se encontraba el día 1o. de noviembre de 1987.

"5o.– En la fecha atrás citada (noviembre 1o. de 1987), el Alumno MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA se encontraba en el 4o. Alojamiento de la Compañía Simón Bolívar en el Cuartel de la Policía Nal. de Popayán, hacia las dos de la tarde, momento en que el también Auxiliar de la Policía, Sr. JUAN CARLOS CANDELO RAMIREZ, se dedicaba a hacer chanzas con su fusil de dotación oficial (Famage No. 14678), arma que de improviso se le disparó, yendo el proyectil a herir mortalmente a su compañero CASTELLANOS ECHAVARRIA, en el cuello, causándole la muerte de inmediato.

"6o.– El Agente Auxiliar autor del homicidio dio como disculpa de su acto irresponsable, el que no sabía que el arma estaba cargada y que el tiro se le había ido accidentalmente.

"7o.– Indiscutiblemente, el proceder del Agente Auxiliar JUAN CARLOS CANDELO RAMIREZ, encierra una grave falla en el servicio pues le dio un uso irresponsable y descuidado al arma que se le había entregado como de dotación oficial, pues es elemental norma de seguridad para los cuerpos armados el revisar cuidadosamente para que el arma no está (sic) cargada en el momento en que no haya apremio, y muchos menos dedicarse a jugar o hacer chanzas con la misma, pues es sabido la alta peligrosidad que encierran dichos artefactos". (Fol. 13).

3o.– Actuación procesal.–

Admitido el libelo inicial por auto de 5 de febrero de 1983, éste se notificó al Director General de la Policía Nacional, institución que solicitó pruebas y además coadyuvó a la petición de pruebas de los demandantes. Una vez practicadas en lo posible, el Tribunal dispuso el traslado respectivo para alegar de bien probado, facultad que solo utilizó la parte actora, pues la demandada guardó silencio sobre el particular. Aquella fundamentalmente reafirmó las razones de orden legal y de hecho, que inicialmente había esbozado en su demanda. El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, conceptuó en forma favorable a los intereses de la parte actora. (Fols. 76 a 82).

4o.– La sentencia recurrida.–

En escrito que corre a los folios 86 a 104, consignó el Tribunal la sentencia objeto de la apelación. El aspecto fundamental de esta decisión de primera instancia se contiene en los siguientes apartes:

"Con base en las anteriores consideraciones procede la Sala al estudio de los elementos configurativos de responsabilidad de la Nación, que ha de declararse en esta sentencia:

"a) La relación causal:

"Probado está que con el disparo realizado por el alumno auxiliar de la Policía señor JUAN CARLOS CANDELO RAMIREZ, sobre la humanidad de MOISES CASTELLANOS ECHAVARRIA, hacia las 2:00 de la tarde del día 1o. de noviembre de 1987, se causó a éste la muerte (hechos probados suficientemente en autos).

"Del mencionado disparo, que fuera además materializado con arma de dotación oficial, se configura la falla en el servicio, que bien pudo ser des-

virtuada por la Entidad demandada, demostrando cualquiera de las causales de exoneración aceptadas por nuestra jurisprudencia que hubieran podido extinguir ese nexo causal de imputabilidad a la Policía Nacional.

"No encuentra la Sala probada ninguna causal exonerativa de responsabilidad ni la culpa de la víctima, puesto que consta en autos que todo sucedió sin que hubiera mediado discusión o imprudencia de la víctima que en forma totalmente desprevenida lo sorprendió la muerte (ver declaraciones a folios 102 y ss. del cuaderno de pruebas).

"También tiene presente el Tribunal que en desarrollo de la investigación que adelantó la policía Nacional y en concepto rendido en el informativo disciplinario que obra al folio 79 del cuaderno de pruebas (Al solicitar el retiro de la institución del estudiante implicado en los hechos dice: 'solicitar a la Dirección de la Escuela de Policía Simón Bolívar, responsabilizar disciplinariamente al alumno CANDELO RAMIREZ, JUAN CARLOS por la violación al reglamento de disciplina y honor, para la Policía Nacional en sus artículos 125 y 126, faltas constitutivas de causal de mala conducta, consistente en causarle la muerte al A.P. CASTELLANOS ECHAVARRIA MOISES, en circunstancias de imprudencia con las armas y premeditación' (sic).

"Solicitar a la Dirección de la Escuela de Policía SIMON BOLIVAR, se determine la desincorporación del alumno CANDELO RAMIREZ, JUAN CARLOS de conformidad a lo dispuesto en el artículo 197 de la misma obra y a fin de que se desarrolle a plenitud el proceso o la acción penal en su contra'.

"Puede la Sala concluir que en el caso de autos no puede hablarse de culpa de la víctima y de ausencia de la falla en el servicio, pues se demostró al Tribunal que se utilizó por uno de sus alumnos, el arma de dotación oficial en forma totalmente innecesaria e imprudente sin que se desvirtuara por la Entidad demandada tal presunción". (Fols. 93 a 95).

Con relación a los perjuicios inferidos a los demandantes, el *a-quo* los reconoce de orden moral para los progenitores en equivalencia a 1.000 gramos de oro y a los hermanos el equivalente a 500 gramos del mismo metal.

Respecto de los perjuicios materiales, no se reconoció ninguna suma como daño emergente, porque no se aportó prueba alguna sobre el particular.

Con relación al lucro cesante, el *a-quo* entiende que la víctima antes de su ingreso a la Policía Nacional ayudaba a la manutención de sus padres y hermanos, quienes carecen de medios para subsistir, de donde concluye que los demandantes tienen derecho a ser indemnizados por este concepto, y

determinó que tal derecho se extendiera hasta el 7 de noviembre de 1991, cuando el occiso llegaría a los 25 años de edad.

Para efectos de liquidar la condena que en abstracto impuso, estableció el *a-quo* las siguientes pautas:

"De los ingresos mensuales de la víctima se excluirá el porcentaje jurisprudencial que se aplicará a su propia manutención y que se ha fijado en un 25%.

"En la liquidación se distinguirá la indemnización debida o consolidada desde el día 2 de noviembre de 1987, (fecha de la muerte) hasta la fecha de ejecutoria de este fallo; y la indemnización futura en la forma establecida por la Jurisprudencia de la Corporación, que se cita en esta sentencia y que será liquidada para los padres desde el día siguiente al de la fecha de ejecutoria de este fallo, hasta el día 7 de noviembre de 1992 fecha en que el occiso habría cumplido 25 años de edad y habría organizado su vida fuera del hogar. A los hermanos se les reconocerá hasta la fecha en que adquieran mayoría de edad dentro de la limitante de la edad de la víctima (o sea 25 años)". (F. 102).

5o.– Fundamentos del recurso

La parte actora apeló de la sentencia para que se aclare el punto 3o. de la resolutiva, "en el sentido de señalar que los perjuicios allí reconocidos, son los materiales por lucro cesante a favor de los padres ..."; además pide que se reformen los puntos 3o. y 4o. de la parte resolutiva del fallo, "en el sentido de que se proceda a realizar la condena en concreto de los perjuicios materiales ...", porque considera que se dan los elementos necesarios para tal efecto.

Por su parte, la Policía Nacional, en escrito visible a folios 122 a 124, en su alegato de conclusión de segunda instancia, sostiene que el occiso no tenía una expectativa cierta de llegar a ser oficial, suboficial o agente de la policía, por cuanto a su muerte no hacía curso que lo condujera a una de tales posiciones en la institución, sino que apenas prestaba su servicio militar obligatorio. Por tal razón no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales.

6o.– El concepto del Ministerio Público

La señora Fiscal Segunda de la Corporación, en lo fundamental razona con el siguiente criterio:

"En todo caso, a juicio de este Despacho, en el presente caso no hay lugar a reconocer ni a ordenar el pago de perjuicios materiales, pues al mo-

mento de ocurrir los hechos por los cuales se demanda, la víctima no devengaba ningún salario, no tenía ningunos ingresos; lo que lleva a afirmar que si nada tenía en esos momentos, nada dejó de ganar, pues los perjuicios que se deben reconocer son los que se causen y el derecho que se restablece es precisamente el existente al momento de surgir el daño. Así pues, si la persona no estaba devengando ningún salario al momento de fallecer, no se puede solicitar el pago de perjuicios por tal concepto.

"La sentencia objeto del recurso, cita una providencia de marzo 16 de 1989 del Consejo de Estado para reconocer esta clase de perjuicios a los actores, pero resulta que la jurisprudencia citada no es aplicable al presente caso, pues quien demandó en esa oportunidad fue la propia víctima, entendiéndose que los razonamientos allí expuestos no son valederos en el presente caso por tratarse de circunstancias diferentes.

"Tiene pues razón el apoderado del ente demandado cuando solicita que se revoque la parte de la sentencia que ordenó el pago por perjuicios materiales.

"La indemnización que se le debe pagar a los familiares de la víctima, no puede estar constituida por aquellas expectativas que podría tener el causante, pues el daño que da lugar a indemnización es aquél que resulta cierto y determinado, descartándose así toda especulación e hipótesis en el campo de las posibilidades.

"En el presente caso es un hecho irrefutable y sobre el cual no se discute, que el joven fallecido MOISES CASTELLANOS, al momento de morir no devengaba ningún salario, y en consecuencia no estaba sosteniendo a ninguno de sus familiares". (Fols. 129 y 130).

Solicita la revocatoria del numeral cuarto del fallo y su confirmación en lo demás.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra demostrados los siguientes aspectos:

1o.– Que Aníbal Castellanos Moreno y Ligia de Jesús Echavarría N., contrajeron matrimonio el 14 de enero de 1967. (Fl. 1 C. 1). Que procrearon en ese matrimonio a Moisés Castellanos Echavarría, la víctima, quien nació el 7 de noviembre de 1967 (Fol. 2); a Luis Aníbal Castellanos Echavarría, nacido el 7 de junio de 1970 (F. 3); a Ligia Castellanos Echavarría, nacida el 12 de febrero de 1975, (Fl. 4); a Efrén Castellanos Echavarría, quien nació el 23 de noviembre de 1972, (F. 5); y, a Irene Castellanos Echavarría, nacida el 25 de julio de 1976, (Fol. 6).

2o.– Que Moisés Castellanos Echavarría falleció el 1o. de noviembre de 1987 (Fol. 7).

3o.– Que el deceso se produjo en las instalaciones del Centro de Instrucción "Mayor Gustavo García Velandia" de Popayán, perteneciente a la Policía Nacional (Fls. 67 a 69 C. No. 2).

4o.– Que el autor del homicidio fue el auxiliar de la Policía Nacional Juan Carlos Candelo Ramírez, (Fls. 67 a 79 C. No. 2); quien había sido incorporado a la Institución mediante Resolución No. 068 del 20 de marzo de 1987 del Director de la Escuela de Policía Simón Bolívar.

5o.– Que el disparo que ocasionó la muerte de Moisés Castellanos Echavarria lo efectuó el autor, con el arma de dotación oficial para instrucción, (fusil FAMAGE, C. 30, No. 14687). (Fls. 68, 102 y ss. C. No. 2).

6o.– Que en contra del auxiliar de la Policía Nacional Juan Carlos Ramírez Candelo, se adelantó un informativo disciplinario que concluyó con la separación "con nota de mala conducta al A.A. CANDELO RAMIREZ JUAN CARLOS perteneciente al curso 006 de auxiliares de Policía adscritos al CIGAV, por aparecer responsable de la comisión de faltas contra el RRD para las fuerzas militares del art. 156 y 157: consistente en mostrar negligencia, descuido, falta de cooperación para con los superiores y emplear las armas innecesariamente ..." (Fl. 87 C. 2).

7o.– Que el occiso, antes de ingresar al servicio de la Policía Nacional, se desempeñaba laboralmente en distintas actividades, de las cuales obtenía ingresos económicos para sostenerse él mismo y ayudar a sus padres. En tal sentido declararon ante el Tribunal Administrativo del Cauca, las siguientes personas:

Margarita Sánchez de Castellanos, quien afirma conocer a la familia del occiso desde 12 años atrás, manifiesta que éste los ayudaba económicamente y moralmente, "... yo le prestaba plata para que él trabajara en el Mercado Móvil y vendiera grano ... él ayudaba al sostenimiento del hogar y de sus hermanos ... él se dedicaba al comercio y en los ratos libres o en las horas de la noche hacía crispetas para que los hermanitos las vendieran en su casa, hacía mesas de noche, butacas, mesas para cafetería ... él ganaba de cuarenta a cuarenta y cinco mil pesos mensuales y yo se eso porque yo le prestaba la plata a él para trabajar ...". Agrega además la testigo su conocimiento sobre la afectación moral de los padres y hermanos de la víctima a causa de su muerte. (fls. 168-170 C. No. 2).

Por su parte Aníbal Giraldo Arias, declara que "Ese muchacho lo conocí trabajando con mercancía y negociando, él me decía que le iba muy bien, además trabajaba en una abundancia. ... El me decía a mí que se ganaba

hasta cuarenta mil pesitos ... esa plata era para sostener a sus padres y a sus hermanos. ..." Informa igualmente sobre la conmoción moral de éstos a consecuencia de su muerte. (Fl. 17.1 C. No. 2).

El declarante Octavio Buriticá García, relata que "Moisés se dedicaba al negocio de Comercio Ambulante de Grano, ya que una señora vecina que tiene tienda, le largaba la mercancía para que él trabajara, además él en la casa hacía crispetas, fritaba papas ... también tenía en la casa una especie de taller y hacía mesas, bancas y butacas para vender. ... El no tenía salario específico, eso variaba. ...". También declara sobre los efectos de la muerte de la víctima entre sus padres y hermanos. (Fls. 173-175 C. No. 2).

De acuerdo con los hechos relacionados y comprobados, deduce la Sala que acertó el Tribunal al declarar la responsabilidad de la administración por la muerte violenta y accidental del joven Moisés Castellanos Echavarría a manos del auxiliar de la Policía Nacional Juan Carlos Candelo Ramírez y ejecutada con arma de dotación oficial - fusil Famage, calibre P. 30 No. 14687 en los alojamientos de la Compañía Simón Bolívar del Centro de Instrucción No. 3 de Popayán, circunstancia ésta última que le permitió al *a-quo* resolver el caso planteado con aplicación de la teoría de la falla presunta en virtud de la cual, cuando la muerte de la víctima es ocasionada por un agente oficial, con arma de dotación oficial, la responsabilidad de la administración resulta comprometida con la sola demostración del hecho dañoso y del consiguiente perjuicio, invirtiéndose así la carga de la prueba en favor de la parte actora, pues corresponde entonces a la demandada, a la Administración, demostrar los motivos de exculpación de sus actuaciones, aspecto éste sobre el cual la actividad administrativa prácticamente no fue vista en el proceso. En virtud pues, de la teoría de la falla presunta, repetidamente utilizada por la Sala en distintas ocasiones, hay lugar a la declaración de responsabilidad de la Policía Nacional, en la forma consignada en la sentencia de primera instancia, la que, por este aspecto deberá confirmarse. Se recuerdan los fallos de 31 de julio de 1989; actor, Jorge Arturo Herrera Velásquez; expediente 2852, con ponencia del Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo; mayo 25 de 1990; actor Marco Antonio López; expediente 5821; ponente el consejero Carlos Betancur Jaramillo; del 28 de febrero de 1991; actor, María Luz Pantoja Melo; expediente 6065, con ponencia también del consejero Betancur Jaramillo.

También la responsabilidad de la administración puede estructurarse en el caso bajo estudio, sobre una falla en el servicio por cuanto la actuación del auxiliar de la Policía Nacional integra los tres elementos generadores de la responsabilidad por falla de la administración, a saber: la falla o irregularidad en el servicio; el daño y el nexo de causalidad entre éste y aquélla.

El manejo irresponsable, atrevido e imprudente que del fusil recibido para instrucción hiciera el auxiliar de la Policía frente a la víctima Castella-

nos Echavarría; contrariando expresas normas legales y reglamentarias que le imponían una utilización mesurada, prudente y adecuada del arma mencionada, configuran la falla del servicio. De otra parte, es evidente que como resultado de ésta se produjo la muerte de Castellanos Echavarría, con los efectos perjudiciales que la misma tuvo sobre sus padres y hermanos, de donde se infiere la relación causal entre la falla de la administración y los daños ocasionados.

Determinada la responsabilidad de la Administración por falla del servicio o por falla presunta, se entra a definir lo relacionado con el reconocimiento, en primera instancia, de los perjuicios materiales, aspecto éste en torno del cual giran las razones de inconformidad del recurrente y de la entidad demandada. De igual manera el concepto fiscal también cuestiona los perjuicios materiales reconocidos por el *a-quo*.

Con relación a los perjuicios morales, estima la Sala que la decisión del Tribunal es acertada y se ajusta a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de reconocer, por regla general, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para los padres e hijos de la víctima, y de 500 gramos del mismo metal para los hermanos del occiso. Tal condena, que se entiende en concreto, se confirmará y para hacerla efectiva la parte interesada allegará con su cuenta de cobro, una certificación del Banco de la República sobre el precio del gramo de oro el 7 de febrero de 1992.

Sobre los perjuicios materiales, se cuestiona su reconocimiento porque el mismo se fundamenta en simples expectativas por cuanto el joven Castellanos Echavarría "no se encontraba formándose académica y profesionalmente para ser miembro de la Policía Nacional, sino que estaba prestando el servicio militar obligatorio por determinado tiempo", según sostiene el apoderado de la Policía Nacional en su escrito de alegación. Similar és la posición del Ministerio Público cuando sostiene que "al momento de morir no devengaba ningún salario, y en consecuencia no estaba sosteniendo a ninguno de sus familiares".

Para la Sala están bien reconocidos los perjuicios materiales y confirmará la decisión por lo menos en cuanto se refiere a los padres de la víctima. Resulta incuestionable que Moisés Castellanos Echavarría al momento de su deceso no devengaba suma alguna por actividad laboral. Pero, también se encuentra probado testimonialmente que antes de su ingreso a prestar el servicio militar obligatorio, sí trabajaba, sí producía, sí percibía ingresos económicos que se trasladaban hacia sus propias necesidades y las de sus padres. Tales realidades, en ningún momento simples expectativas, fueron truncadas o suspendidas por el llamado oficial para cumplir con el deber de prestar el servicio militar, sin que pueda entenderse que en su futuro únicamente se ofrecían las profesiones de oficial, suboficial o agente de Policía Nacional, para las cuales ciertamente no se estaba formando, porque antes de

tales expectativas él ya vivía una realidad laboral y económica en las distintas actividades que desempeñaba, de las cuales, en principio, fue suspendido por llamamiento de la administración para el cumplimiento de un deber y, posteriormente, separado en forma definitiva por la falla de la administración ya establecida.

En tales condiciones resulta claro para la Sala que sus padres fueron afectados materialmente al ser desprovistos de la ayuda económica que su hijo mayor les proporcionaba hasta cuando ingresó al servicio militar y que, de no haberse producido su muerte, hubiera proseguido ayudándolos, dada la precaria situación física y económica de sus progenitores, a que se alude en el proceso.

Se confirma así la decisión del *a-quo* acerca del reconocimiento de los perjuicios materiales en favor de los padres, nó así de los hermanos menores, porque considera la Sala que la ayuda para la familia se precisa frente a los progenitores, quienes a su vez, procuran satisfacer los requerimientos económicos de sus hijos menores. La indemnización que por este concepto se reconoce, se extenderá hasta el 7 de noviembre de 1992, cuando cumpliría los 25 años de edad, época esta en que se presume que la persona normal adquiere su propio estado y organiza su vida familiar independientemente.

Con relación a la solicitud del recurrente para que se haga la liquidación de la condena en concreto, estima la Sala que es procedente y beneficioso para las partes y para la propia administración de justicia acceder a la mencionada petición, para lo cual se tendrán en cuenta las pautas señaladas por el *a-quo* y el procedimiento reiteradamente utilizado por la Sala.

Demostrado como está la actividad laboral que desempeñaba la víctima antes de ser llamado al servicio militar y dado que no se ha determinado la cuantía de sus ingresos, éstos se estimarán con base en el salario mínimo legal vigente al momento de los hechos (1o. de noviembre de 1987), que regía también antes de su ingreso a la Policía Nacional y cuando aún se desempeñaba en sus actividades laborales.

El salario mínimo legal vigente para 1987, de acuerdo con el Decreto No. 3732 de 1986 era de $20.508.80 mensuales, de los cuales, un 25% ($5.127.45) presumiblemente dedicaba a sus propias necesidades y el 75% restante (15.382.35) para el sotén de sus padres. A cada uno de éstos le corresponderá el 50%, es decir, $7.691.17 moneda legal.

Previamente a la liquidación de los perjuicios materiales procede la actualización de la renta o ingresos de los beneficiados. Para ello se aplica la fórmula: $Vp ; Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$; donde: Vp. es el valor que se quiere

conocer; Vh, es el valor que se va a actualizar; el Indice de Precios al Consumidor inicial, es el vigente en la época del insuceso (76.84), y, el Indice final, el que rige a la fecha de esta providencia (211.72).

$$Vp : 7.691.17 \ \frac{211.72}{76.84} = \ \$21.191.75$$

Valor renta mensual actualizada: $21.191.75

Indemnización debida – igual para cada progenitor.

Comprende el tiempo transcurrido entre el hecho dañoso (1o. de noviembre de 1987) y la fecha de esta providencia (7 de febrero de 1992), es decir, 4 años, 3 meses, 6 días (51 meses) y se aplica la fórmula:

$S = Ra \ \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde, S, es la suma que se busca; Ra, la renta actualizada, ($21.191.75); i, corresponde al interés técnico (0.0004867); y, n, es el número de meses a indemnizar (51 meses).

$$S = 21.191.75 \ \frac{(1 + 0.004867)^{51} - 1}{0.004867} = \ \$1.223.376.42$$

Valor de la indemnización debida para cada uno de los padres de Moisés Castellanos Echavarría: $1.223.376.42.

Indemnización Futura. Igual para cada progenitor.

Comprende el período transcurrido entre la fecha de la sentencia (7 de febrero de 1992) y la fecha en que la víctima hubiera cumplido 25 años de edad (7 de noviembre de 1992), es decir, 9 meses. Se aplica la fórmula:

$$S = Ra \ \frac{(1 + i)^n - 1}{0.004867 \ (1 + i)^n} = 21.191.75 \quad \frac{(1 + 0.0004867)^9 - 1}{0.004867 \ (1 + 0.004867)^9}$$

$= \$186.166.07.$

Valor de la indemnización futura para cada uno de los padres de la víctima: $186.166.07.

RESUMEN

ANIBAL CASTELLANOS

a) Indemnización debida	$1.223.376.42
b) Indemnización futura	$ 186.166.07
Suma	$1.409.542.49

LIGIA E. DE CASTELLANOS

a) Indemnización debida	$1.223.376.42
b) Indemnización futura	$ 186.166.07
Suma	$1.409.542.49

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmanse los ordinales 1o., 2o. y 5o. de la sentencia apelada, esto es, la de 18 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO: Modifícase el ordinal 3o. del fallo recurrido, el cual queda así: Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar a Aníbal Castellanos y a Ligia Echavarría de Castellanos, por concepto de perjuicios materiales, la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON 49/100 ($1.409. 542.49) moneda legal, para cada uno de ellos.

TERCERO: Revócase el ordinal 4o. de la providencia apelada.

CUARTO: Niéganse las demás pretensiones.

QUINTO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de las sentencias, con constancias de su ejecutoria, con destino a la Dirección General de la Policía Nacional y a la parte demandante, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos. (artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO

En el estado de alerta y zozobra que vivía la región no bastaba que los dos soldados que cargaban la comida para sus compañeros estuvieran armados, sino que se requería que éstos hubieran sido debidamente escoltados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6766. Actor: Leonela Quimbayo Sánz 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 resolver el grado de consulta de la sentencia calendada el día catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá. Se produjo cambio de ponente porque el proyecto de fallo elaborado por el Consejero Uribe Acosta no obtuvo la mayoría requerida.

Dispuso dicho fallo en su parte resolutiva:

"PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa, por la falla del servicio en la que perdió la vida el soldado MAURICIO QUIMBAYO Código Nro. 8725822

el día primero de septiembre de mil novecientos ochenta y siete en las circunstancias ya analizadas.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa a pagar por perjuicios morales subjetivos, los siguientes valores:

"a).– MIL (1.000) gramos oro a la señora LEONELA QUIMBAYO SANZ.

"b).– DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos oro al menor JUAN CARLOS QUIMBAYO, representada por su señora madre LEONELA QUIMBAYO SANZ.

"c).– DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos oro JOHANNA QUIMBAYO, representada por su señora madre LEONELA QUIMBAYO SANZ.

"d).– DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos oro para la menor MARIA VICTORIA QUIMBAYO, representada por su señora madre LEONELA QUIMBAYO SANZ.

"e).– DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos oro al señor OTONIEL QUIMBAYO.

"f).– DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos oro al señor ORLANDO QUIMBAYO.

"Estos valores se consideran como condena "IN CONCRETO" y se tasarán de acuerdo con certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y se pagarán en favor de las personas antes nombradas o a quien acredite estar facultado por ellos para recibir en sus respectivos nombres.

TERCERO: Cúmplase esta condena en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses sobre intereses.

"CUARTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda. (fls. 185-186, 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 temperamento:

"I.1.– PETICIONES.– El Doctor HUMBERTO DE JESUS PINEDA, abogado titulado, portador de la Tarjeta Profesional Número 31.737 expedida por el Ministerio de Justicia, en su condición de apoderado Judicial de la señora LEONELA QUIMBAYO SANZ y Otros, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa que consagra el Art. 86 del C.C.A., formula demanda contra la Nación Ministerio de Defensa Nacional, para que por los trámites del proceso Ordinario consagrado en el Título XXIV, se hagan las siguientes o similares:

"DECLARACIONES Y CONDENAS:

"1.– Que la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes, ya citados, por la muerte de su hijo y hermano MAURICIO QUIMBAYO, ocurrida el día primero (1o.) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en Solano (Caquetá), como consecuencia de las heridas producidas con proyectiles disparados con arma de fuego, cuando prestaba su servicio militar obligatorio, presentándose tales heridas por falla del servicio o culpa del mismo, al no prever los posibles ataques del enemigo".

"2.– Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a pagar a los demandantes:"

"DAÑOS MORALES:

"A LEONELA QUIMBAYO SANZ, madre del soldado MAURICIO QUIMBAYO, occiso, con el equivalente en pesos, de mil gramos oro fino, a la fecha de ejecución de la providencia".

"A cada uno de los hermanos del occiso, la cantidad de quinientos gramos oro fino, equivalente en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia".

"DAÑOS MATERIALES:

"A todos los demandantes por el valor de lo que conste el pleito, incluyendo lo que le deban pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijados los honorarios con aplicación de la Tarifa de la Corporación Nacional de Abogados, CONALBOS, para esta especie de pleitos *cuotalitis*."

"EN SUBSIDIO:

"El pago a los abogados se hará con aplicación de los artículos 80, de la Ley 153 de 1887 y 164 del Código de Procedimiento Civil".

"3.– Que la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, debe cumplir la sentencia en el término perentorio establecido en el artículo 176, así como en obediencia a los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo". (fls. 156 - 158, C. 1). ...

. . . . . .

"V.– CONSIDERACIONES

"Observa esta Corporación que la Demanda dentro del término legal propuso una excepción sin mencionar de qué clase de excepción se trataba, simplemente menciona que se omitió por parte de la Actora la designación de las partes y sus representantes, incumpliendo el mandato del Art. 137 del Decreto 01 de 1984. Concretándose así: "Lo cual obvió (sic) el apoderado de la Actora al no mencionar el agente del Ministerio Público como representante de la Nación". Analizado el planteamiento expuesto por la demandada, atendiendo a la sana interpretación no otra cosa quiso proponer la Demandada sino la "Excepción de Inepta demanda por pretermitir dentro del libelo demandatorio al señor Agente del Ministerio Público como representante de la Nación".

"Al respecto tenemos que en la normatividad descrita por el art. 137 del C.C.A., numeral 1o. hace relación a "La designación de las partes y sus representantes", como presupuestos de la demanda.

"En el *sub-exámine*, se fundamenta la citada excepción por no haberse citado al Agente del Ministerio Público dentro del libelo demandatorio. Ahora, si bien es cierto no aparece citado el Ministerio Público dentro del acápite de "Partes y sus Representantes" Folio 100 del libelo demandatorio, ello no es óbice para ameritar la excepción impetrada puesto que el Tribunal en cumplimiento de la Ley, Art. 127 del C.C.A. modificado por el Art. 19 del Decreto 2304 de 1989, que reza:

"Artículo 127.– ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO. (Modificación) El Ministerio Público es parte en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos e intervendrá en ellos en interés del orden jurídico. Por consiguiente, se le notificarán todas las providencias".

"Además, tendrá las siguientes atribuciones específicas:"

"1a.– Defender los intereses de la Nación, sin perjuicio de las facultades de sus representantes, mediante la presentación de las correspondientes demandas".

"2a.– Pedir que se declare la nulidad de los actos administrativos:

"3a.– Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos administrativos o privados con cláusulas de caducidad:"

"4a.– Conceptuar en los procesos e incidentes que la ley determine, (Decreto-ley 2364 de 1989, art. 19). "Y como obra a folios 101 y 103 del expediente se notificó personalmente a la Fiscal Primero dél Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial del Caquetá. Asimismo observamos, que el Ministerio Público (Fiscal 1o. del H.T.S.) ha actuado del proceso y se ha notificado de todos y cada uno de los actos procesales conforme lo ordena la Ley. En consecuencia, y con fundamento en lo ya expuesto, no es de recibo por la Sala la excepción incoada y por consiguiente habrá de declararse no probada como así se expondrá dentro de esta providencia.

"PRUEBAS ALLEGADAS.–

Se allegaron al proceso las siguientes:

"a).– Acta Nro. 007-ABR-03-87 que trata del primer examen médico de reclutamiento. (Folios 3 a 6 del Cuaderno 2).

"b).– Acta Nro. 002 de ABR. 87. Segundo exámen médico, recepción y entrega del personal de conscriptos aptos incorporados en el Comando Aéreo de Transporte Militar (CATAM) por la Dirección de Reclutamiento. (Folio 7 al 9. Cuad. 2.).

"c).– Orden Administrativa No. 1-009 para el 1o. de mayo de 1987. (Folio 10 al 12 cuaderno 2).

"d).– Orden Administrativa de Personal Nro. 1-017 para el 1o. de septiembre de 1987. (Folios 13 y 14 del Cuad.).

"e).– Orden Administrativa No. 1-019 para el 1o. de octubre de 1989. (Folio 15).

"f).– Fotocopia auténtica del Acta de DEFUNCION DEL SOLDADO MAURICIO QUIMBAYO. (Folio 16 Cuad. 2).

"g).– Fotocopia auténtica del informativo Nro. 083 referente a la muerte del soldado MAURICIO QUIMBAYO (Folio 18 al 76 Cuad. 2).

"h).– Copia auténtica del levantamiento del cadáver del infante de Aviación MAURICIO QUIMBAYO. (Folio 78 fte y vto, y 79 fte, Cuad. 2).

"i).– Fotocopia auténtica del concepto de fecha once de septiembre de 1987 emitido por el Comando del Grupo Aéreo del Sur en relación con la muerte del Soldado MAURICIO QUIMBAYO. (Folios 81 al 85 Cuad. 2).

"j).– Fotocopia auténtica del Orden del Día Nro. 037 de fecha septiembre once (11) de 1987, sobre traslado de personal. (Folio 87 a 93, Cuad. 2).

"k).– Declaración del señor RAFAEL ENRIQUE SARMIENTO GOMEZ (folio 118 fte y 119 fte. Cuad. 2).

"l).– Declaración del señor JHON WILSON MEJIA ACEVEDO (Folios 121 a 124 Fte, Cuad. 2).

"ll).– Declaración del señor MANUEL ALFONSO CAMELO MUÑOZ (Folios 126 y 127 fte). (Cuad. 2).

m).– Declaración del señor BALBINO BRIÑEZ (Folios 127 a 129 fte.). (Cuad. 2).

"n).– Declaración del señor LUIS ANTONIO GARNICA (Folios 136 a 139 fte. Cuad. 2).

"ñ).– Declaración del señor LISIMACO TRUJILLO PINZON, (folios 143 y 144 fte).

"o).– Declaración del señor JOSE TIBERIO SERRANO ARIAS (Folios 144 a 147 fte).

"El objeto de la *litis* no es otro que declarar responsable administrativamente a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, de la totalidad de los daños y perjuicios causados por la muerte de MAURICIO QUIMBAYO quien falleció el 1o. de septiembre de 1987; en Solano Caquetá, como consecuencia de heridas producidas con proyectiles disparados con arma de fuego cuando prestaba el servicio militar obligatorio, y en servicio, ocurriendo el deceso a causa o por falta del servicio o culpa del mismo, al no prever los posibles ataques del mismo.

"A). HECHO DE UN TERCERO.

"La demandada al contestar la demanda, y en el alegato conclusorio (ver folios 116, 117, 147 y 148 del Cuaderno Nro. 1), expone que el deceso obedeció al "HECHO DE UN TERCERO", y no por falta de medidas de seguridad de sus superiores, y solicita se denieguen las

súplicas de la demanda. Por consiguiente procede la Sala a estudiar la causal exoneración de culpabilidad impetrada por la demandada para determinar si es aplicable o no al *sub-exámine.*

"1).– El "Hecho de un Tercero" entendido como acción imprevisible e irresistible de un sujeto extraño, como causa exclusiva del daño. Lo que hace que al darse los presupuestos en comento, encaja el comportamiento administrativo en la eximente de responsabilidad denominada doctrinaria y jurisprudencialmente como "EL HECHO DE UN TERCERO".

"Cabe, ahora sí, detenernos a hacer algunas apreciaciones. La demandada al alegar el eximente de responsabilidad.– Hecho de un Tercero, debe entrar a demostrar los presupuestos de la causa extraña como son:

"a).– Que esa causa exclusiva del daño es IMPREVISIBLE.

"b).– Que esa causa exclusiva del daño es IRRESISTIBLE.

"En el *sub-lite* observa la Sala que del acervo probatorio se tiene que el joven MAURICIO QUIMBAYO se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en el Departamento del Caquetá, territorio éste convulsionado y asediado por los grupos alzados en armas por la época de los hechos.

"El soldado MAURICIO QUIMBAYO por Orden Administrativa de Personal Nro. 1-009 del 1o. de mayo de 1987 (folio 11 Cuad. 2) se legalizó la Alta. Asimismo fue trasladado a la Base Aérea de Tres Esquinas Grupo Aéreo del Sur-Caquetá, según Orden Administrativa de Personal Nro. 1.017 para el 1o. de septiembre de 1987 (Folio 13 Cuad. 2) y por Orden Administrativa de Personal No. 1.019 del 1o. de octubre de 1987 (Folio 15 Cuad. 2) fue dado de baja por muerte.

"Encontrándose prestando su servicio militar en la Base Aérea de Tres Esquinas –GASUR– fue asignado al puesto Militar del Municipio de Solano, el día 31 de agosto de 1987.

"Que ese día 1o. de septiembre de 1987 estaba cumpliendo un deber en el Puerto de Solano y que por orden superior salió del Puerto de Solano aproximadamente a las 6 de la tarde con el soldado JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ a traer la comida para sus compañeros al puesto Militar de Solano, que hubo demora en la entrega de la comida, y que una vez recibida se dirigieron al Puerto de Solano llevando la comida en las ollas y que al momento de los hechos (hora aproximadamente a las 7:30 de la noche 19-30), y en la calle principal de Solano frente al Almacén su Papá fueron vilmente atacados con arma de fuego

por dos sujetos que dispararon sus armas contra la humanidad de MAURICIO QUIMBAYO y JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ, y les robaron sus armas oficiales de dotación G. 3 y A.3. No obra prueba que los soldados muertos quienes cargaban la comida en las ollas hubiesen ido escoltados por un piquete de soldados, o que el soldado JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ hubiese ido escoltando a su compañero MAURICIO QUIMBAYO.

"De acuerdo a los testimonios de MARIA CIELO HIDALGO ANTURY (Folio 26 fte y vto, ROMELIA PUENTES PERDOMO (menor de edad) (Folio 27 fte y vto), MISAEL CAVIEDES VALDERRAMA (folio 28 fte y vto) Sub-teniente JOSE TIBERIO SERRANO ARIAS (folio 29) del cuaderno Nro. 1. Los soldados MAURICIO QUIMBAYO y JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ iban con las ollas de la comida, solos y no repelieron el ataque, por cuanto iban cargados con las ollas de la comida.

"El Honorable Consejo de Estado ha dicho:

"La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño".

"Se hace notorio que el hecho del tercero debe ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual ""no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo"". Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no puede alegar como causal de exoneración".

"Todos estos supuestos deben ser demostrados por quien alega el hecho de un tercero como causal de exoneración de su responsabilidad".

"En el caso en estudio es indudable que el Agente de Policía no solo podía sino que tenía obligación de prever la acción del veodo que conducía, tomando precauciones del caso para evitarla para lo cual debía estar previamente entrenado dada su formación profesional que, sin lugar a dudas, debe incluir el conocimiento de las precauciones necesarias en el caso de conducción de personas detenidas".

"Tampoco se puede sostener válidamente que la acción del tercero fuera irresistible para el agente de policía porque, como ya se dijo,

éste debía estar entrenado para superar con éxito tal tipo de contingencias".

"Además, no puede afirmarse, en ningún momento, que el daño se produjo exclusivamente como resultado de la conducta del tercero ya que quien portaba el arma que se disparó era el Agente de Policía y sin la existencia de este instrumento el daño en ningún momento se había producido".

"No se dan, en consecuencia en el presente caso los elementos que configuran el hecho del tercero como causal de exoneración de la responsabilidad". (Sentencia 1133 del 24 de agosto de 1989 Sección 3a. S.C.A. Extracto No. 102 T.V.).

"Por las consideraciones ampliamente expuestas en el *Sub-exámine* la Sala concluye que no se da la eximente de responsabilidad invocada por la demandada, esto es "EL HECHO DE UN TERCERO", por cuanto no demostró los presupuestos de esa causa exclusiva del daño como que es imprevisible e irresistible.

"B.– FALLA DEL SERVICIO.

"El Artículo 16 de la Constitución Nacional reza: "Las Autordades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

"Este artículo constituye una obligación administrativa a cargo del Estado, cual es el deber que tiene el Estado frente a sus asociados, en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

"Ahora, sobre las pretensiones deprecadas por la Actora, se tiene que jurisprudencialmente se ha aceptado que la Nación Colombiana debe responder a sus asociados por fallas o faltas del servicio a su cargo, siempre y cuando se estructuren los siguientes presupuestos:

"a).– Una falla o falta en la prestación del servicio público por retardo, irregularidad, ineficacia, o por omisión o ausencia del mismo.

"b).– El daño o perjuicio que se traduce en la lesión o perturbación de un bien o derecho jurídicamente titulado, y,

"c).– La relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño (Sentencia No. 0475 de mayo 31/90. S.C.A. Secc. 3a. Honorable Consejo de Estado. Extractos de Jurisprudencia T. VIII).

"Referente al presupuesto descrito en el literal a). Una falla o falta en la prestación del servicio público por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo. Para una mejor comprensión se tiene que la falla hace relación al servicio y no al funcionario. Es la falla anónima de la administración. *Retardo* es: Cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio. Hay *irregularidad* de la Administración, cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes.

"La *ineficacia*, se da cuando la Administración, presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es deber legal, el hacerlo por parte de la Administración.

"Y obviamente, háblase de *omisión* o *Ausencia del mismo*, cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.

"En el *sub-exámine* probado está que el soldado MAURICIO QUIMBAYO se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, dado de Alta como soldado según Orden Administrativa de Personal No. 1-009 de 1o. de mayo/87, primer contingente Fuerza Aérea Colombiana. Asimismo que por Orden Administrativa de Personal No. 1.017 para el 1o. de septiembre/87 fue trasladado a la Base Aérea de Tres Esquinas Caquetá, con fecha 5 de agosto de 1987 y que fue dado de baja cuando cumplía órdenes del servicio dada por sus superiores.

"De las pruebas se tiene que ciertamente MAURICIO QUIMBAYO en cumplimiento de su deber como soldado, y por mandato de sus superiores se fue desde el Puerto Solano en compañía del Soldado JOSE IGNACIO RINCO GONZALEZ al Puesto Militar de Solano a traer la comida a los demás soldados y Comandante del Puerto de Solano, naturalmente con sus armas de dotación oficial (Fusil G-3 y A-3 reatas respectivas), que llevaban las ollas para transportar o llevar la comida, que hubo demora en despachar la comida, y que una vez entregadas las ollas en la Base del Puesto Militar de Solano se dirigieron al Puerto de Solano a llevarla, era de noche y no había luz, que yendo por la calle principal de Solano cargados con las ollas, y frente al Almacén su Papá fueron atacados con arma de fuego por dos (2) sujetos, que no solo segaron la vida de estos dignos ciudadanos sino que además, les quitaron y se llevaron las armas de dotación oficial.– No obra prueba alguna que demuestre que los soldados muertos llevaron escolta, o que hubiesen repelido a sus atacantes, menos aún, que el soldado MAURICIO QUIMBAYO fuese escoltado por su compañero JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ (También fallecido) o que hubiese muerto en combate directo con el enemigo. En contrario sensu los testimonios del CS. LUIS ANTONIO GARNICA suboficial de control de "Puerto Solano"

para el día de los hechos (Folio 34/35); los soldados LISIMACO PINZON TRUJILLO, (Folio 38/39); RAFAEL SARMIENTO GOMEZ (Folio 36/37); CARLOS RODRIGUEZ HERNANDEZ (folio 44/45); Dragoneante MEJIA ACEVEDO (Folio 42/43) Soldado LUIS MARIO VALLEJO (Folio 46/47); Menor HOWER MANCERA GUAYARA (Folio 48); CIELO HIDALGO (folio 50); ROMELIA PUENTES PERDOMO (Folio 51); MISAEL CAVIEDES (Folio 52) y JOSE TIBERIO SERRANO RUIZ (Folio 53/54), demuestra lo afirmado en esta providencia.

"No cabe duda a la Sala que en el *sub-lite* se da la falla o falta del servicio por las siguientes razones:

"a).– MAURICIO QUIMBAYO fue muerto cumpliendo una orden dada por sus superiores.

"b).– A pesar de ir con el fusil y munición de dotación oficial no podía hacer uso del mismo por cuanto iba cargado con las ollas en las cuales llevaba la comida. Como también iba cargado con las ollas naturalmente portando o llevando también el fusil su compañero GONZALEZ RINCON quien también falleció a consecuencia de los disparos hechos por los sujetos el día de los hechos.

"c).– Resalta la imprudencia del superior al no prever lo que era previsible en cuanto a esas horas (7.30 de la noche), en una región convulsionada por la guerrilla como era el Municipio de Solano Caquetá, ha debido tomar las medidas del caso y no mandar o exponer a sus subalternos a que fuesen masacrados inmisericordemente por personas extrañas.

"d).– También de bulto la negligencia por cuanto no obra prueba que los soldados asesinados a esas horas de la noche fuesen escoltados por un piquete de soldados y que como tal hubiese repelido el ataque.

"e).– Resalta la falla o falta del servicio por cuanto los Superiores o Comandantes no previeron lo que era previsible al desplazar a los dos soldados asesinados desde el Puerto de Solano en donde se ejercía el control de las embarcaciones y personas hasta el Puesto o Base Militar de Solano con el objeto de llevar la comida desde la base hasta el Puerto en las condiciones o circunstancias de modo, tiempo y lugar ampliamente descritas en las piezas procesales, obra en el cuaderno número uno, o como también en el cuaderno número dos.

"Presupuesto b).– Esto es el daño o perjuicio:

"Observa la Sala que hubo un daño, que se causó un perjuicio, pues como obra a folio 78 fte y vto, 79 fte y vto, Cuad. No. 2 Acta del levantamiento del cadáver del infante de Aviación MAURICIO QUIMBAYO, así mismo obra a folio 16 del cuaderno No. 2, acta de defunción del soldado MAURICIO QUIMBAYO, que la causa de su muerte se debió a disparos hechos por sujetos que les segaron la vida y se robaron el fusil de dotación oficial, concretamente la causa obedece a falla del Servicio de conformidad a lo expuesto en el presupuesto a) del literal b) de esta providencia.

"Presupuesto c) esto es el nexo causal:

"El nexo causal entre la falla o falta de la prestación del Servicio y el daño resalta a la vista, pues se tiene que a causa de los disparos procedentes o hechos por personas extrañas al servicio acabaron la humanidad del soldado MAURICIO QUIMBAYO. Este cumpliendo órdenes del servicio dadas por sus superiores en horas de la noche y cargado con las ollas en las cuales transportaba o llevaba la comida para sus compañeros sin escolta y naturalmente sin poder hacer uso de su fusil de dotación fue asesinado por desconocidos. Lo que no hubiese sucedido si el soldado MAURICIO QUIMBAYO hubiera llevado las medidas de seguridad necesarias y regladas por los reglamentos de Guerrilla y Contra Guerrilla para el servicio de tropas en misión de orden público rural (Reglamento FF. MM. 3-18 de 1988).

"Dedúcese de lo anteriormente expuesto no otra cosa sino la relación de causalidad existente entre la falla o falta del Servicio por parte de quien tiene la obligación de prestarlo, y el daño. En el caso *sub-exánime.*

"Ahora bien, como quiera que la demandada incursionó en el campo de la eximente de la responsabilidad administrativa "HECHO DE UN TERCERO" ampliamente expuesta dentro del capítulo quinto de las consideraciones, a más de estar probada la falla del servicio, analizamos la falla presunta del servicio en el presente negocio por cuanto incumbe al fallador analizar el grado de responsabilidad que puede o no conllevar la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa por los hechos conocidos y mediante los cuales murió el soldado MAURICIO QUIMBAYO, para ello y de conformidad al principio *IURA NOVIT CURIA* tenemos que a más de estar probada la falla o falta del servicio dentro del *sub-exámine* opera la falla presunta por cuanto se causó un daño o perjuicio a un bien jurídico tutelado en la humanidad de MAURICIO QUIMBAYO, que hay un nexo de causalidad entre ese daño y la falla cual es: Que la muerte de QUIMBAYO fue a causa de los disparos hechos por desconocidos causándole como ya se dijo la muerte inmediata. Presunción ésta que no puede ser desvirtuada por la Administración según lo planteado por la demandada en el alegato conclusorio al ex-

poner el eximente de responsabilidad denominado "HECHOS DE UN TERCERO" como causa del daño, presupuesto éste dilucidado por la Sala el que fue desechado por no demostrar los elementos que estructuran el eximente invocado por la demandada.

"En el *sub-lite* y de conformidad a la prueba obrante dentro del proceso, y a la luz de la lógica jurídica de la Sana Crítica, en forma jurídica y objetiva concluye la Sala, que la demandada no desvirtuó la presunción por ninguno de los medios o elementos objeto de análisis, por lo cual no solamente operó y se demostró la falla o falta del servicio, sino los hechos, daños o perjuicios, nexo de causalidad, por lo que habrá de indilgarse responsabilidad administrativa (Extracontractual) a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa Nacional–, por la muerte del soldado MAURICIO QUIMBAYO, como así habrá de fallarse en esta providencia.

"PERJUICIO.

"Establecida, como está la muerte del soldado MAURICIO QUIMBAYO y de acuerdo al petitum de la demanda (Fl. 90-91) a la contestación de la demanda (folios 115 a 119) y en el alegado conclusorio de la demanda (folio 147 a 148) y de acuerdo al concepto de la Fiscal Primera de este Tribunal pasa la Sala a estudiar lo pertinente:

"PERJUICIOS MORALES:

"Por la falla o falta del Servicio demostrada como quedó dentro del cuerpo de esta providencia, observa la Sala que se vulneraron intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de los demandantes a causa del dolor, sufrimiento, aflicción que soportaron los mismos a causa de la muerte de un ser querido cual era su hijo y hermano MAURICIO QUIMBAYO.

"Para dilucidar estos daños morales es menester analizar por separado a cada uno de los demandantes como bien lo ha expuesto la jurisprudencia colombiana.

"Veámos: Dentro del acápite de las pretensiones tenemos: LEONELA QUIMBAYO SANZ quien actúa en nombre propio, así mismo en representación de sus menores hijos JUAN CARLOS QUIMBAYO, JOHANNA QUIMBAYO, MARIA VICTORIA QUIMBAYO, y OTONIEL QUIMBAYO, ORLANDO QUIMBAYO hermanos del soldado muerto MAURICIO QUIMBAYO. Estos perjuicios se reconocen a los demandantes con la sóla demostración del vínculo que los une con el occiso, como así lo ha sostenido la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado "En cuanto a los perjuicios morales subjetivos se consi-

dera que sí se presentaron porque como lo ha dicho esta Sala en Múltiples oportunidades la indemnización por perjuicios morales va encaminada a la satisfacción al dolor ocasionado por el hecho que produjo el daño, siendo natural que un suceso como el acaecido incida profundamente en el sentimiento de la familia. Estos perjuicios se reconocen a los demandantes en tratándose de la esposa e hijos de la víctima con la sola demostración de los vínculos que los une con aquella" (Sentencia 505 del 7 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado). Extractos de Jurisprudencia tomo IV/.

"A).– Con respecto a la madre del occiso señora LEONELA QUIMBAYO SANZ, considera la Sala de conformidad con la jurisprudencia, que deben ser tasados en mil (1.000), gramos oro para ella, al precio que tenga a la fecha probable del presente fallo (30 abril 1991), y según lo certifique el Banco de la República.

"B).– Con relación a los perjuicios morales reclamados por los hermanos del occiso, es conveniente citar el pronunciamiento hecho por el Honorable Consejo de Estado (Sentencia 855 del 29 de junio/89 S.C.A. Secc. Extracto No. 348 T. IV), así: "El que los padres no hayan sufrido perjuicios materiales, pues la víctima fue auxiliada médicamente sin costo para ellos, no significa que ésta no los sufra; pero en cambio si se vieron afectados moralmente y en grado sumo, por el dolor de ver a su hijo menor de edad lisiado de por vida, dolor moral que alcanza a sus hermanos también menores y demandantes, que convivían con él bajo el mismo techo y en condiciones de armonía sobre las causales declaran los testigos señores CAMILO ANTONIO BUITRAGO maestro de la Escuela donde ocurrió el accidente, OTILIA MINA y ROSALINA VALERO SANCHEZ, vecinos del lugar".

"Así las cosas y de conformidad a la prueba testimonial obrante a folios 126, testimonio del señor MANUEL ALFONSO CAMELO MUÑOZ, BALBINO BRIÑEZ folio 127 a 129, se causaron perjuicios morales y los hermanos menores JUAN CARLOS, JOHANNA y MARIA VICTORIA QUIMBAYO y a OTONIEL y ORLANDO QUIMBAYO hermanos del occiso MAURICIO QUIMBAYO, a quienes se les reconocerá a cada uno la cantidad de Doscientos Cincuenta (250) gramos oro al precio que tenga a la fecha probable de este fallo (abril 30/91).

"PERJUICIOS MATERIALES.–

"Dentro del proceso la Actora no indicó cuales son los perjuicios materiales ni existe elemento alguno que tienda a demostrar que tales perjuicios existieron y o se cristalizaron o concretaron. Simplemente la

Actora dice que se paguen "a todos los demandantes por el valor de lo que conste en el pleito, incluyendo lo que le deben pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijados los honorarios con aplicación de la tarifa de la Corporación Nacional de Abogados CONALFO (sic) para esta clase de pleitos cuota *litis*. EN SUBSIDIO el pago a los abogados se hará con aplicación de los artículos 8o. de la ley 153 de 1887 y 164 del C.P.C."

"Referente a los perjuicios materiales deprecados por la Actora para que se paguen a todos los demandantes por el valor que conste en el pleito. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado: "El perjuicio debe ser cierto y determinado o determinable" extracto 314 Tomo 4o. y como en el presente caso no se han determinado ni se han presentado elementos para su determinación no se puede acceder al pago de perjuicios materiales. En relación al pago de los Honorarios profesionales deprecados por la Actora de conformidad con el Artículo 171 del C.C.A., y 267 ibídem, y artículo 392 del C.P.C. inciso 2o., no es procedente la cancelación de honorarios solicitados por la Actora. (fl. 168-185, cuaderno principal).

II

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

Dentro del término de ley alegó para EXPONER:

"HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá, residente en esta ciudad, con oficina profesional de abogado en la carrera 7 No. 17-01, oficina 1017, de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado de la parte actora, me permito acudir a su despacho, a fin de solicitarle dentro del proceso de la referencia y dentro del traslado para alegar, lo siguiente:

"1.– Que se declare inhibido para conocer del grado jurisdiccional de consulta, en el presente proceso, por las siguientes razones:

"1.a. La sentencia que pretende ser sometida al grado jurisdiccional de consulta, en su parte Resolutiva, después del cuarto numeral, termina la providencia, con la expresión:

"NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE"

"Como puede apreciarse, la sala de decisión no ordenó, dentro de la providencia que se sometiera dicha providencia a el grado jurisdiccional

de la consulta. Y, sabiamente lo hizo, pues la ley no ordena este grado de consulta sino para casos determinados.

"No se puede aceptar que el Secretario de un Tribunal, y más uno *ad-hoc*, esté dando órdenes sobre lo RESUELTO en una providencia que hace tránsito a cosa juzgada y someta a los honorables magistrados a adelantar un trámite que la ley no está ordenando y que en todo caso, ni el magistrado sustanciador ni la sala de decisión correspondiente ordenaron. Aceptar que sea el secretario del Tribunal quien tome las determinaciones que no ordene la sala de decisión es dejar la administración de justicia en funcionarios de segundo orden, que además no tienen la facultad, ni la competencia para tomar tales determinaciones.

"1.b. El artículo 184 del Código de lo Contencioso Administrativo establece que las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictadas en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apelados por la administración; este artículo se puede entender como el cumplimiento del principio del mejor servicio en la administración de justicia, dándole celeridad a las providencias que dictadas en primera instancia, resuelvan condenar en concreto. En otras palabras, el artículo ordena la consulta para las providencias de primera instancia, cuando estas condenan en abstracto, pero no la ordena para las condenas en concreto como es el presente caso, donde la sala de decisión decidió condenar en gramos oro, con cantidades fijas determinadas, es decir condenando en concreto.

"Como la norma en comento, es concreta al decir que las condenas en abstracto y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto, dictados en primera instancia deben someterse a "consulta", es a tales sentencias y condenas y autos a los que se somete a dicho grado jurisdiccional, y no a las demás sentencias.

"Sabiamente la sala de decisión, como lo dije anteriormente, no ordenó en la parte resolutiva de la providencia "consúltese", sino que ordenó simple y llanamente "COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE".

"Por las anteriores razones es que reitero esta mi primera petición de que esa Alta y honorable corporación se declare inhibido para desatar el grado jurisdiccional de consulta, por razón de que la providencia que pretende ser sometida a él, no es de las que requiere tal "Consulta".

2.– Mi segunda petición, la elevo como subsidiaria de la anterior, es decir: en caso de que no prosperare mi petición de declararse inhibida

esa alta Corporación, solicito que se declare la nulidad de lo actuado a partir del Edicto de la Notificación del fallo de primera instancia, por las siguientes razones:

"CAUSAL: CUANDO SE TRAMITA EL PROCESO POR UN PROCESO DIFERENTE AL QUE LE CORRESPONDE.

"Numeral 4 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

"INTERES: El interés para proponer la presente nulidad, se concreta en el interés que me otorga el poder de los actores para representarlos dentro de este proceso, en primer lugar. Y, en segundo lugar el interés de que la administración de la justicia, se cumpla en la forma que previamente lo ha establecido la ley, cumpliendo estrictamente todos y cada uno de los pasos procedimentales establecido no solo para limitar a los mismos funcionarios sino para permitirle a las partes la interposición de los recursos o medios de defensa necesarios para el logro de los fines perseguidos en la *litis*.

"HECHOS FUNDAMENTALES DE LA NULIDAD PROPUESTA:

"1.– El edicto de notificación de primera instancia, se fijó el día 20 de mayo de 1991, a las ocho horas del día y se desfijó el día 22 de mayo a las seis post meridiam.

"2.– El día 23 de mayo de 1991, el señor Secretario del Tribunal Administrativo del Caquetá, deja una constancia secretarial en la que se puede leer que:

"El presente edicto permaneció fijado hasta el día de ayer a las 6 p.m. fecha y hora en que venció el término legal de tres días de notificación por edicto de la sentencia proferida por esta corporación dentro del presente proceso. No fueron hábiles los días 18 y 19 del presente mes y año. En la fecha empieza a contabilizarse el término legal de tres días de ejecutoria de la sentencia antes referida. Conste. (Fdo) el secretario".

"Como puede verse, hago resaltar que el término de ejecutoria de tres días comienza a correr el día 23 de mayo que es la fecha de la constancia secretarial.

"3.– El día 27 de mayo de 1991, a folios 188 vuelto del expediente, el secretario del mencionado Tribunal vuelve a dejar constancia secretarial en la que dice; "El día viernes 24 de los corrientes a las 6 p.m. quedó legalmente vencido el término de tres días de ejecutoria de la sentencia proferida por este tribunal dentro del presente proceso. ..." (Fdo) El secretario".

"4.– Como puede observarse los tres días de ejecutoria, que ordena la ley y a los que hace mención el señor Secretario del Tribunal, se convirtieron en dos días, pues comienzan a correr el 23 y los termina el 24 del mes de mayo. Así se declaró ejecutoriada una providencia un (1) día antes de que por ley lo estuviera.

"5.– Como no se dejó correr los tres (3) días de ejecutoria que ordena la ley, se impidió que se presentaran los recursos de apelación que cabían contra dicha providencia, tanto para la parte actora como para la demandada, violando así el debido proceso, aplicando un procedimiento diferente al que la ley ha preestablecido.

"6.– Se violó con la terminación del período de ejecutoria de la providencia el principio de la defensa, pues se impidió el ejercicio de los recursos de ley y por lo tanto se debe rehacer la actuación.

"Fundamentos de DERECHO: Esta petición la fundo en los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículo 210, 169, 170 concordantes y subsiguientes del Código de lo Contencioso Administrativo.

"EN SUBSIDIO

"Si no prosperare mi solicitud de nulidad, solicito en subsidio al honorable magistrado que se subsane el error de Secretaría del Tribunal Administrativo del Caquetá, dejando correr el término total de tres días ejecutoria contados físicamente conforme al calendario y a la ley, para lo cual ordenará devolver el expediente a dicha Corporación para que por el magistrado competente se ordene cumplir su ordenamiento.

"TERCERA PETICION

"Si ninguna de mis anteriores peticiones tuviere acogida por su señoría, me permito muy respetuosamente solicitar que se confirme lo decidido por el *a-quo*, ya que el contenido de la providencia de primera instancia, dentro del presente proceso es el fiel reflejo no solo de los hechos, sino de la responsabilidad que implicaron los mismos en los hechos que motivaron la demanda, conforme se comprobó fehacientemente con las pruebas aportadas al proceso y además por cuanto la indemnización que se ordenó, que no acogió íntegramente la pretensión de la parte actora, constituye, por decir lo menos un somero paliativo al daño moral y social que se le causó a los beneficiarios del extinto soldado muerto en cumplimiento de sus obligaciones militares y por una causa imputable a la falla del servicio por falta de previsión de lo previsible por parte de los superiores, quienes confiados en que no se presenta-

rían ataques del enemigo no previeron las escoltas necesarias a quienes tenían que cumplir misiones necesarias para la supervivencia de los mismos miembros de las Fuerzas Militares y de los superiores que no tuvieron la precaución debida a la diligente vigilancia que les impone el buen servicio.

"Sobra en mi concepto, señor magistrado, profundizarme en un análisis de los hechos que motivaron la demanda, pues conocedor como soy de sus altas virtudes jurídicas, de sus amplios y profundos conocimientos del derecho y la recta y sana administración de la justicia que lo han distinguido como maestro de la jurisprudencia nacional, se que accederá a mis peticiones". (fl 198-202, cuaderno principal).

III

ALEGATO PRESENTADO POR EL MANDATARIO JUDICIAL DE LA NACION

A folios 194 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el alegato presentado por el apoderado de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA, en el cual discurre dentro del siguiente perfil:

"Conforme lo anoté H. Consejero Ponente en el memorial de alegato de conclusión presentado dentro del término legal ante la H. Corporación de Primera Instancia, dentro de la etapa probatoria, las personas o testigos que declararon cómo acontecieron los hechos objeto de demanda, coincidieron con lo narrado por la parte actora, es decir que el soldado MAURICIO QUIMBAYO, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en el puesto de la población de Solano (Caquetá), fue muerto por elementos subversivos, en las circunstancias demostradas en las investigaciones penales y administrativas, lo cual, nos conlleva a concluir, que el deceso del citado soldado, se produjo por el hecho de un tercero, y no por falta de medidas de seguridad de sus superiores como lo quieren hacer ver el señor apoderado de la accionante al citar que:

"... B. Cuando el Comandante del puesto militar de Solano (Caquetá) dio la orden para que los soldados de ese puesto fueran a recoger la comida para los soldados que prestan guardia en el puesto, no previó lo que era previsible, como es el ataque del enemigo que podría presentarse como al efecto sucedió".

"... C. La muerte de MAURICIO QUIMBAYO, ocurrió por la culpa del superior del puesto militar por cuanto no previó la vigilancia y seguridad necesarias y requeridas, en una zona de orden público alterado y de gran actividad guerrillera como es de público conocimiento. ...".

"Ni tampoco conforme lo plantea la H. Corporación Administrativa del Caquetá, al señalar a folios 24 de la sentencia en consulta lo siguiente:

"... C. Resalta la imprudencia del superior al no prever lo que era previsible en cuanto a esas horas (7:30 de la noche) en una región convulsionada por la guerrilla como era el municipio de Solano, Caquetá, ha debido tomar las medidas del caso y no mandar o exponer a sus subalternos a que fuesen masacrados inmisericordemente por personas extrañas. ...".

"Pues en la declaración que rindió el señor Subteniente JOSE TIBERIO SERRANO ARIAS, que reposa dentro del informativo que se adelantó con ocasión de los hechos en comento manifiesta que ellos, es decir los soldados MAURICIO QUIMBAYO y JOSE IGNACIO RINCON GONZALEZ, llevaban:

"... Armamento consistente en dos fusiles (sic) G3 A3 y cuando fueron llevados a la casa del puerto yo les quité las reatas que tenían dos cartucheras con cuatro proveedores cada uno y ochenta cartuchos cada soldado ...".

Es decir, los soldados que fueron objeto del ataque subversivo, no iban desprotegidos, pues portaban las armas de dotación oficial con suficiente munición para repeler cualquier ataque sorpresa del enemigo, máxime que ellos y sus superiores tenían conocimiento de la alteración del orden público en dicha zona.

"Además como usted sabe H. Consejero Ponente, el hecho de un tercero, el cual es una causal exonerativa de responsabilidad del Estado en el caso en comento reúne las características para que se pueda tomar como tal, las cuales son: que sea imprevisible e irresistible, pues en las circunstancias anotadas, es difícil de prever que en un ataque guerrillero no hayan heridos o muertos de una y otra parte, lo cual se torna más difícil cuando esto sucede por sorpresa o emboscada como el caso en referencia y por ende es irresistible.

"Por lo anteriormente expuesto, le solicito muy respetuosamente al H. Consejero Ponente: revoque la sentencia de fecha 14 de mayo del año en curso proferida por el H. Tribunal Administrativo del Caquetá, objeto de consulta y en su defecto declarar que en el caso en comento no se presentó la falla del servicio por parte de la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL". (fls. 195-197, cuaderno principal).

IV

VISTA FISCAL

La Fiscal Octava de la Corporación, Dra. MARIA STELLA PEÑA DE MENDEZ, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"La entidad demandada propuso la excepción de inepta demanda basándose en el hecho de que en la designación de las partes y sus representantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del C.C.A. no aparece citado el Ministerio Público en el libelo de la demanda.

"Esta excepción no está llamada a prosperar, tal como lo advirtió el Tribunal de instancia, porque por mandato del artículo 127 del C.C.A., modificado por el artículo 19 del Decreto 2304 de 1989, el Ministerio Público es parte en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción Contenciosa, por lo cual se le notificarán personalmente todas las providencias. Así no se haya citado en la demanda, obligatoriamente tenía que hacerlo como ha sucedido en el presente caso.

"Estudiadas las pruebas allegadas al expediente, la Fiscalía no comparte el planteamiento del Tribunal de Instancia que lo llevó a concluir que la Nación Ministerio de Defensa es responsable por la muerte del soldado Mauricio Quimbayo, en hechos que ocurrieron en Solano, Caquetá el 1o. de septiembre de 1987.

"La parte demandante afirma que la muerte del soldado Mauricio Quimbayo, se debió a la falta o falla del servicio por los siguientes hechos:

"a).– Por cuanto no se tomaron las medidas de seguridad más mínimas para proteger a los soldados que transportaban la comida para sus compañeros.

"b).– Porque falló la estrategia militar en una zona de orden público alterado y de actividad guerrillera, no dándole a los soldados muertos la protección mínima para el cumplimiento de su misión de abastecimiento de comida.

"c).– Se obró con ligereza por parte del mando militar al permitir que los soldados, con sus manos ocupadas en cargar ollas, transitaran por sitios de incursión guerrillera bajo la oscuridad de la noche inverves (sic) con la imposibilidad física de utilizar armamento.

"La parte demandada desde la contestación de la demanda ha venido sosteniendo en el proceso, que los hechos fueron consecuencia de la participación de un tercero, la cual es una causal exonerativa de responsabilidad del Estado, en lo cual coincide esta Agencia Fiscal por lo siguiente:

"Como lo advierte el Tribunal apoyado en la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado que cita en el fallo, para que pueda darse esta causal exonerativa es necesario:

"a).– Que pueda tenérsele como causal exclusiva del daño.

"b).– Que sea imprevisible e irresistible.

"c).– Ajena a la conducta de quien produjo el daño.

"Quedó plenamente establecida la muerte de Mauricio Quimbayo el 1o. de septiembre de 1987, en Solano Caquetá, hecho que ocurrió, cuando por orden superior salió de Puerto Solano, aproximadamente entre las 5 y 6 de la tarde con el soldado José Ignacio Rincón González, a traer la comida para sus compañeros, y de regreso con la comida, a las 7:30 de la noche en la calle principal de Solano frente al Almacén "Su Papá" fueron atacados por sujetos con arma de fuego causándoles la muerte.

"En efecto, se allegaron las fotocopias auténticas del acta de defunción, (fol. 16 cuad. 2o.); diligencia de levantamiento del cadáver (Fols. 78, 78 vto y 79 cuad. 2); Informativo No. 083 (Fls. 18 a 76 cuad. 2o) y el concepto de 11 de septiembre de 1987 emitido por el Comando del Grupo Aéreo del sur en relación con la muerte del soldado Mauricio Quimbayo (fl. 81 a 85 cuad. No. 2o.).

"Hay prueba testimonial practicada en este proceso (rendidas por soldados y sub-oficiales compañeros del occiso), que para la época en que ocurrieron los hechos si bien en el Departamento estaba alterado el orden público, en la población de Solano concretamente no lo estaba, sino que más bien había relativa tranquilidad, ni en ella habían hecho incursión los guerrilleros. Afirman igualmente, que el sitio de donde tenían que traer la comida no distaba más de cuatro a cinco cuadras, que siempre se mandaban dos soldados armados como iban Quimbayo y Rincón, que uno llevaba la comida y el otro le servía de escolta.

"Es de advertir –contrario a– lo que concluyó el Tribunal, que dadas estas circunstancias, para ir a traer la comida en el pueblo por la calle

principal, no era necesario que los soldados fueran escoltados por patrulla, como quiera que no iban a efectuar un operativo, ni por zona rural donde se pudiera prever un ataque de la guerrilla, medida que si tomó el Comando a raíz del lamentable suceso ocurrido.

"A juicio de la Fiscalía ha quedado desvirtuado lo que se afirma en la demanda, es decir que no se tomaron por el mando militar medidas de seguridad mínimas y que se obró con ligereza al permitir que los dos soldados con sus manos ocupadas en cargar ollas, transitaran por sitios de incursión guerrillera.

"De otro lado, dado como ocurrieron los hechos hay que concluir que Mauricio Quimbayo falleció a consecuencia de los disparos que le propinaron por sorpresa terceros, en forma imprevisible e irresistible.

"Por lo expuesto, esta Agencia Especial del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado – Sección Tercera – revoque la sentencia consultada y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda". (fls. 207-210, cuaderno principal).

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia proferida por el *a-quo*, será confirmada, pues el *ad-quem* comparte la perspectiva de valoración jurídica y probatoria que hizo el Tribunal, en especial en cuanto dio por probada la falla del servicio.

En el *sub-lite* se acreditó, en legal forma, que el soldado MAURICIO QUIMBAYO murió dentro del marco de circunstancias que relatan los declarantes RAFAEL ENRIQUE SARMIENTO, JHON WILSON MEJIA y LUIS ANTONIO GARNICA, y de lo expuesto por ellos se deduce que se produjo la falla del servicio. Para tener la mejor comprensión de la realidad fáctica se recuerda, en lo sustancial, lo expuesto por ellos en sus respectivas deposiciones:

RAFAEL ENRIQUE SARMIENTO

Soldado, compañero de la víctima dijo:

"... A él lo conocí después de que nos llevaron a TRES ESQUINAS CAQUETA a una Base Militar de la Fuerza Aérea. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿si conoce, las circunstancias en que falleció la persona mencionada? CONTESTO: Como a los cuatro meses de llegados a Tres Esquinas Caquetá nos trasladaron a un pueblito que se llama SOLANO, cinco minutos de la BASE. Resulta que en el Puerto

Solano se tenían que quedar 5 soldados, entre ellos estaba el señor QUIMBAYO y el señor GONZALEZ RINCON que también murió. Teníamos que ir del Puerto a la Base donde dormíamos, como a 5 cuadras, atravesando el pueblo, para traer la alimentación, siempre íbamos dos soldados. El primer día fuimos Lisímaco y yo. El segundo día también teníamos pensado ir, pero en lugar de nosotros fueron Quimbayo y González Rincón. A eso de las ocho de la noche se oyeron dos disparos, pensando nosotros que eran borrachos del pueblo, pero enseguida sonaron más disparos y el Cabo y el resto de soldados nos dirigimos a ver que era lo que había pasado. En esas yo me quedé en el Puerto cubriendo el P. (sic). Más adelante se quedó Trujillo, el otro compañero y mi Cabo se fueron a ver que había pasado, no sabiendo nada todavía de lo que había sucedido. Como casi a las dos horas bajó el Teniente y yo supe por él que estaba llamando a la Base informando la muerte de los dos compañeros, en esas supe que los habían matado. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿cómo eran las condiciones de orden público, para la fecha en que ocurrieron los hechos por Ud. relatados? CONTESTO: Pues por el momento todo estaba normal y eso así como le sucedió a ellos dos, nos pudo haber sucedido a nosotros, PREGUNTADO: ¿Afirmó Ud. que para ir hasta el lugar donde debían recoger la comida, había que atravesar el pueblo?, ¿cómo eran las condiciones de alumbrado en las calles, en la zona que debían recorrer? CONTESTO: Resulta que en la esquina, todo lo que cubría una cuadra no era muy alumbrado, enseguida si había luz porque habían discotecas, tiendas y un parque bien alumbrado. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿cuántas éran las vasijas que debían transportar con los alimentos? CONTESTO: Una olla grande y una pequeña. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿si los agentes Quimbayo y González, el día en que sucedieron los hechos, portaban sus armas, cuando se dirigieron a traer los alimentos? CONTESTO: Sí portaban las armas, porque teníamos que ir armados por si algo ocurría. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿si le consta que existiera vigilancia o escolta para los agentes que debían transportar las vasijas de la comida? CONTESTO: No llevaban escolta, iban los dos no más, cuando llegamos así era. ...". (fls. 118-119, cuaderno 2).

JOHN WILSON MEJIA A.

Dragoneante, jefe del occiso Señor MAURICIO QUIMBAYO, ilustra al fallador dentro del siguiente perfil:

"... Yo me encontraba del lugar de los hechos aproximadamente a dos cuadras, cuando sentí una ráfaga como de seis tiros, la cual era de pistola 9 milímetros. Iba en compañía del soldado Vallejo cuando escuché la ráfaga, la redacción mía fue cargar el fusil (sic) y el soldado que

iba conmigo también lo hizo. Corrimos hacia el Puerto Solano, eran como las 7 y 20 de la noche, no había luz. En ese tiempo la planta que había en ese pueblo no servía, algunas casas particulares tenían su planta propia. Al llegar al puerto me preguntaron el santo y seña, yo respondí que era el dragoneante Mejía. Ahí le pregunté a los compañeros que qué (sic) sucedía, ellos me contestaron que era un ráfaga, pero que no sabían de donde provenía, les dije cúbranme que voy a ir a donde fue, me fuí cubierto donde una especie de montaña y al llegar a la esquina del almacén "Su Papá", quedé descubierto, ahí la redacción mía (sic) en ese momento, fue tirarme al piso porque no había luz, ya que la luna la estaba tapando una nube. En ese momento cuando yo me tiré al pisó sentí que tropecé contra algo y el primer cuerpo sin vida fue el de José Ignacio Rincón, me voté a votes hacia abajo y le comenté al Cabo Segundo Garzón que habían matado al soldado Rincón. En ese momento tomé la redacción (sic), me fuí en codo, me traté de mandar hacia algunos árboles y pedí protección, pero resulta que al soldado que le estaba pidiendo protección era al soldado QUIMBAYO MAURICIO quien también estaba muerto. Ya en este momento vino el desespero, porque se empezaron a escuchar tiros de lado y lado, la redacción (sic) mía fue hacer una alarma para que la gente que estaba en el puesto nos auxiliara. Ya llegó en ese momento el Teniente Comandante de nosotros, teniente Serrano, se demoró un poco el refuerzo de la Policía y yo me quedé al lado de los dos cadáveres, porque en ese momento se escuchaba intercambio de fuego. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿si sabe o presume y porqué de quién provinieron los tiros que causaron la muerte al agente Quimbayo? CONTESTO: En ese caso yo no puedo afirmar nada. Según lo que tengo entendido fue que a éllos los mató el décimo tercer frente de la FAC que operaba en esa zona. PREGUNTADO. Informe al Despacho el testigo ¿qué hacía el soldado Quimbayo y su compañero en el momento en que fueron muertos? CONTESTO: Ellos se encontraban de retén de río, es decir vigilando el puerto. Para llevar los alimentos se destinaban dos soldados diarios, de los cuales ellos prestaban el servicio de vigilancia al puerto. Los alimentos los traían del puesto, como unas cuatro cuadras arriba del puerto, por el pueblo. Ellos en el momento en que fueron asesinados, llevaban la comida para los compañeros que estaban de puerto. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿cuántas vasijas con alimentos debía transportar los soldados destinados a ese servicio? CONTESTO: Dos vasijas, cada uno llevaba una. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿si se destinaba y en la noche de los hechos, se destinó, a otros agentes para que cubriera a quienes debían transportar los alimentos? CONTESTO: No, ellos siempre iban dos, a traer los alimentos. ...". (fls. 121-122, cuaderno 2.).

LUIS ANTONIO GARNICA

Suboficial de la Fuerza Aérea, destacó:

"... PREGUNTADO.– Informe al Despacho el testigo ¿si conoce las circunstancias en que falleció el señor MAURICIO QUIMBAYO? CONTESTO: "Sí, la fecha exactamente no la recuerdo en el momento y él estaba prestando un servicio de guardia en el puesto del Puerto Principal de Solano Caquetá, a eso de las diecisiete horas el fue enviado con otro soldado al puesto principal para que trajera la comida del personal que prestaba la guardia en el puerto aproximadamente a las siete de la noche unos cien metros antes de llegar al puerto yo escuché unos disparos de arma corta y en ese momento acudí con los demás soldados que estaban bajo mi mando acudí al sitio donde escuché los disparos, Cuando llegué al sitio encontré los cuerpos de los dos soldados, Quimbayo Mauricio y el otro que no recuerdo el nombre. En ese momento procedí a hacer la alarma que estaba ordenada con disparos al aire y con vengalas y tomé acción del personal que se encontraba en ese sitio el personal civil con apoyo de la policía que llegó en ese momento, luego llegó el comandante del puesto con una patrulla de soldados.– Seguidamente se hicieron patrullas de verificación en el puerto y conjuntamente con la Policía y esa noche permanecimos alerta durante toda la noche. Al día siguiente a las cinco y treinta nos llegaron varias patrullas de refuerzo de la base de tres esquinas". PREGUNTADO: Informe al despacho el testigo ¿si sabe o presume y porqué de quién provinieron los tiros que causaron la muerte al Agente Quimbayo? CONTESTO: "Por comentarios posteriores presumiblemente fue por dos guerrilleros y su misión era llevarsen el armamento del cual fueron despojados los soldados". PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿qué hacía el soldado Quimbayo y su compañero en el momento en que fueron muertos? CONTESTO: "Presumiblemente se desplazaban con la comida hacia el puerto en razón a que cuando yo encontré los cuerpos junto a ellos se encontraba la olla de la comida regada. PREGUNTADO: Informe al Despacho el testigo ¿cuántas vasijas con alimentos debía transportar los soldados destinados a ese servicio? CONTESTO: "Esa noche llevaban una olla, pero eso era relativo de acuerdo a la cantidad de comida.– PREGUNTADO.– Informe al despacho el testigo ¿si se destinaba y en la noche de los hechos, se destinó a otros agentes para que cubrieran a quienes debían transportar los alimentos? CONTESTO: "Esa noche lo que normalmente se acostumbraba era enviar dos soldados el cual uno debía llevar la olla o la alimentación y el otro prestarle seguridad. ..." (fls. 136-137, cuaderno 2).

Se deduce de lo anterior, como se expresó, que se dio la falla en el servicio. En las circunstancias narradas por los testigos y que reafirman el estado de alerta y zozobra que vivía la región no bastaba que los dos soldados que cargaban la comida para sus compañeros estuvieran armados, sino que se requería que éstos hubieran sido debidamente escoltados.

Baste pensar que transportar en horas de la noche dos ollas de comida (una cada soldado, según el dragoneante Jhon Wilson Mejía A.), por un camino oscuro e irregular, exigía la máxima concentración de dichos soldados para evitar derrames, los ponía en condiciones de absoluta indefensión, así estuvieran armados, y los dejaba a merced de los delincuentes radicados en la zona.

No existe prueba en el expediente, y así lo pone de relieve el *a-quo*, que los soldados que tal misión cumplían hubieran estado escoltados por otros o que por lo menos el soldado Quimbayo venía protegido por su compañero, José Ignacio Rincón (también fallecido). Antes, por el contrario, se puso en evidencia que cumplían esa labor solos y que cada uno de ellos, en el momento del ataque, cargaba una olla con la comida para el resto de la tropa.

Esto evidencia que falló el servicio público en forma ostensible y que la parte demandante merece ser indemnizada de los perjuicios sufridos.

En este campo comparte la sala la condena impuesta, solo por perjuicios morales. En dicha condena el tribunal siguió la orientación jurisprudencial señalada por esta sala en múltiples casos anteriores. Además, la fijación obedece al propio arbitrio del juzgado y éste, en principio, no es cuestionable; fuera de que el fallo se conoce en consulta.

No entra a estudiar lo relacionado con los daños materiales, no solo porque fueron también denegados por el *a-quo*, sino, principalmente, porque la parte actora no apeló y el asunto se conoce en el aludido grado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el tribunal administrativo del Caquetá, de fecha 14 de mayo de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 6 de febrero de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO–Inexistencia/**FALTA GRAVE**/ (Salvamento de Voto).

> **La actividad de la fuerza pública, en zonas de guerra, es por sí misma muy difícil, realidad que explica que es indispensable que se registre una falta particularmente grave para comprometer la responsabilidad de la administración; esta falta particularmente grave demanda también una prueba particularmente convincente. Resulta difícil probar que se registran fallas del servicio cuando los integrantes de la fuerza pública perecen como consecuencia de los ataques de que son víctimas en el frente de acción o de batalla que les ha confiado para la defensa de las instituciones. Una valoración probatoria generosa o amplia sobre la materia, desnaturalizaría la citada figura jurídica.**

Salvamento de Voto.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero: *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6766. Actor: Leonela Quimbayo Sánz y Otros.

Con toda consideración por la decisión tomada por la mayoría de la Sala, dentro del proceso del rubro, me separo de ella con apoyo en las razones que a continuación se precisan, y que fueron las mismas que consigné en la ponencia que no fue aceptada por la Corporación. En lo sustancia de ellas se discurría dentro del siguiente temperamento:

> "Es cierto que en el *sub-lite* se acreditó, en legal forma, que el soldado MAURICIO QUIMBAYO murió dentro del marco de circunstancias que relatan los declaramentes RAFAEL ENRIQUE SARMIENTO,

JHON WILSON MEJIA y LUIS ANTONIO GARNICA, pero del universo de lo expuesto por ellos no se vivencia que se halla registrado una falla del servicio. ...

. . . . .
. . . . .
. . . . .
. . . . .
. . . . .

"Tampoco hay dentro del proceso prueba adicional alguna que le permita al sentenciador manejar una de las distintas perspectivas jurídicas en lo que se funda la responsabilidad de la administración, siendo claro que dentro de la realidad fáctica que relatan los anteriores declarantes no es posible concluir que hubo falla del servicio. Y se afirma esto, porque valorada la prueba, no se vivencia que la administración haya faltado al cumplimiento de sus obligaciones, ora por acción, ora por omisión. Tampoco cabe predicar que en el caso en comento hubo un defecto de organización del servicio, o una falla en su funcionamiento. La actividad de la fuerza pública, zonas de guerra, es por sí misma muy difícil, realidad que explica que es indispensable que se registre una FALTA PARTICULARMENTE GRAVE para comprometer la responsabilidad de la administración. Esa falta particularmente grave demanda también una prueba particularmente convincente, pues resulta inaceptable que en casos como el presente, sea el juz quien defina cómo debe actuar la tropa, cómo debe desplazarse en los sitios de peligro y qué dotación debe tener etc., para estar a salvo de los insubordinados que atacan sorpresivamente, seleccionando el objeto, y colocados en las mejores condiciones de agresión y defensa.

"Al estudiar estos aspectos el Profesor Georges Vedel, enseña:

"b) El grado de gravedad necesario para comprometer la responsabilidad de la administración. En principio, la simple falla del servicio entraña la responsabilidad del poder público.

"Sin embargo, el Consejo de Estado exige, en algunos casos una falta grave, incluso una falta particularmente grave, para reconocer el derecho de la víctima a ser indemnizada. El criterio particularmente utilizado es el que de las dificultades que presenta la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Como lo muestra M.F.P. Bénoit (Jur Cl. adm. Fasc 700, num 123 y s.s.), *se puede admitir que, en tanto que la falta del servicio simple es suficiente para comprometer la responsabilidad de un servicio cuyo cumplimiento no presenta dificultades particulares, por el contrario, será necesaria una falta grave para comprometer la responsabilidad del poder público cuando se trata de una actividad difícil, y UNA FALTA PARTICULARMENTE GRAVE cuando*

se trata de una actividad muy difícil" (Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, pags. 304 y ss.ss.).

"En el caso en comento no se vivencia, pues, el anormal funcionamiento del servicio. No hay nexo de causalidad entre éste y el faño. Fueron terceros completamente ajenos a la administración los que dispararon contra la humanidad de MAURICIO QUIMBAYO que, por lo demás, cumplía una misión impuesta por la Constitución y las leyes de la República, en la cual siempre está en juego la vida, no obstante las especiales medidas de seguridad que se tomen. Por ello, se reitera: sólo una FALTA PARTICULARMENTE GRAVE, que no se aprecia en el *sub-lite*, habría ameritado una sentencia de condena.

"En esta oportunidad la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 4 de agosto de 1988, Expediente Nro. 5125. Actor: Ernestina Almario. Demandado: La Nación – Policía Nacional en la cual se recordó que la falla del servicio, como lo enseña el Profesor Juan Rivero, "... es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio,, que incumbe a unos o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente ..." (Derecho Administrativo, Novena Edición, Caracas 1984, pag. 303) "Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio "... variable según su misión y según las circunstancias ...", estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose *"... lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (período de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en materia, etc. ... De ello resulta que la NOCION DE FALTA DE SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO".* (Obra citada, pags. 304 y ss.ss.) (Subrayas de la Sala).

"Dentro del anterior marco doctrinario la Sala concluye: es particularmente difícil probar que se registran fallas del servicio cuando los integrantes de la fuerza pública perecen como consecuencia de los ataques de que son víctimas en el frente de acción o de batalla que se les ha confiado para la defensa de las instituciones. Una valoración probatoria generosa o amplia sobre la materia, desnaturalizaría la citada figura jurídica".

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/INDICIOS

Se observan dentro del proceso una serie de indicios complementarios que, unidos a las pruebas de los hechos, permiten concluir que los agentes de policía, cuando cumplían un operativo de servicio lesionaron en forma grave, desproporcionada e injusta al actor y que estas lesiones le causaron serios perjuicios en su integridad física y además produjeron perjuicios a su madre y hermanos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C. febrero siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6179. Indemnizaciones. Actor: Luis Carlos Ospina Estrada y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el ministerio público con la sentencia dictada el 3 de abril de 1990 por el tribunal administrativo del Cesar, mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a los demandantes.

Pretende la actora, en su demanda de 18 de octubre de 1988, que se declare la responsabilidad de la Nación – Policía Nacional – por los hechos acaecidos el 9 de noviembre de 1986 en Valledupar, en los cuales fue lesionado el señor Luis Carlos Ospina Estrada y se le condene a pagar al citado señor y a su señora madre Marina Isabel Estrada Carrillo todos los perjuicios morales y materiales causados con motivo de los mismos.

Como hechos se narran en libelo, en síntesis:

a) Que el día 9 de noviembre de 1986, después de haber departido con otros amigos, el señor Luis Carlos Ospina Estrada se vio envuelto en un incidente entre uno de sus acompañantes y un visitante del bar El Dorado, donde se tomaban unos tragos. b) Que pasado lo anterior el señor Luis Carlos y sus compañeros salieron del bar y fueron detenidos por la policía, la cual los subió a una camioneta Toyota con el fin de regresarlos al establecimiento para que fueran reconocidos por el dueño del mismo. c) Que en lugar de llevarlos al Comando o entregarlos a la autoridad competente fueron conducidos por la carretera que de Valledupar conduce a Hurtado, dejando en el camino, en las cercanías de Cicolac, a uno de los retenidos, advirtiéndole que no contara nada. d) Que más adelante, a la entrada de "Corazones", bajaron a otro y dejaron a Luis Carlos dentro de la camioneta, quien al poco rato escuchó unos quejidos y dos tiros. e) Que luego lo despojaron de sus pertenencias, lo hicieron salir del carro y le propinaron tres disparos, uno de los cuales le cercenó la columna vertebral y lo dejó parapléjico de por vida. f) Que hacia las 5 de la mañana del día siguiente fue encontrado por sus familiares, quienes lo condujeron al hospital de Cartagena. g) Que intervinieron en el operativo los agentes Oswaldo Suárez Jaramillo, Germán Aníbal Mendoza y Jaime Enrique Lacombe, quienes obraron en forma desproporcionada y usaron sus armas de dotación oficial para dar muerte a dos ciudadanos y dejar gravemente herido al señor Ospina Estrada.

El tribunal administrativo para tomar la decisión denegatoria, expuso:

"2. Que los agentes de la Policía Nacional Oswaldo Suârez Jaramillo, Jaime Enrique Lacombe Villa y Germán Aníbal Mendoza Quintana, según resoluciones 0554 de 5 de febrero de 1987 y 3642 de 10 de julio de 1986 fueron destinados respectivamente a prestar sus servicios en el Departamento del Cesar".

"Pero no se ha demostrado que los agentes mencionados fueran los autores del hecho criminal que se les endilga y del cual pretende deducírsele responsabilidad a la Nación. En efecto, no existe constancia alguna que el arma o armas con las cuales se lesionó a Luis Carlos Ospina Estrada fuera de dotación oficial, ni mucho menos que los referidos agentes se encontraran en servicio activo en alguna misión policiva el día de los hechos".

"Era preciso identificar plenamente a los autores del hecho, para luego establecer si se trataba de los agentes relacionados en la petición primera de la demanda".

"De los testimonios rendidos por Marleny Fragoso Celedón, Nicolás Gregorio Barraza Rodríguez, Merceliano de La Hoz Sierra, Juan de

Jesús Romero Roa, Victor Miguel Fuentes Villero, Renzo de Jesús Guerra Rueda, José Antonio Rada Rubio y Bernardo de Jesús Restrepo Grisales, no se tuvo tampoco claridad, porque ellos ignoraban los hechos y los autores y solamente tuvieron conocimiento de los mismos cuando se enteraron de las lesiones sufridas por Luis Carlos Ospina".

"Para el caso de autos es necesario determinar si la conducta de los agentes guardó o nó relación con el servicio público al cual estaban adscritos".

"Conocido es que para que la responsabilidad extracontractual del Estado sea declarada, es menester que la actuación que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, sea administrativa y vincule por tanto al servicio cuestionado".

"En otras palabras, se exige que la actuación causante del perjuicio guarde un vínculo con el servicio cuya responsabilidad se pretende declarar".

"Obsérvese que ni siquiera la víctima, quien estuvo presente puede identificar a los agentes, ni dar detalles precisos. Solamente se limita a decir que "los tipos iban en la toyota 4 puertas que eran policías porque estaban vestidos con su uniforme" ..." y agrega "... En cuanto a los nombres de los policías y el Teniente no los conozco, solamente tengo grabada la imagen de ellos pero no le he vuelto a ver por mi estado de invalidez. ...". (folio 83).".

"También informa que eran tres policías y con el teniente 4, mientras que en la demanda se informa que sólo eran tres agentes".

"De otra parte, según el oficio visible a folio 96 del expediente tanto la investigación por homicidio como por lesiones personales fueron adelantadas en averiguaciones de responsables, con lo cual nos están indicando el Juzgado 63 de Instrucción Penal Militar, que se desconoce la identidad de los autores de tales ilícitos".

"No habiéndose establecido la autoría de los hechos, no es posible radicar la responsabilidad en cabeza de la Policía Nacional".

Descontenta con la decisión la señora fiscal del Tribunal, Dra. Ruth Castro de A. apeló:

Esta, en su vista de 9 de marzo de 1990 había conceptuado en sentido favorable para los intereses de la parte demandante.

Rituada la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal de la corporación, doctora Edné Cohen Daza, el recurso no está llamado a prosperar, porque considera que el fallo proferido por el *a-quo* se ajusta a la realidad procesal, toda vez que no se demostraron los elementos que según la jurisprudencia de la sala se requieren para que se declare la responsabilidad del Estado en asuntos como el aquí estudiado.

De esa vista fiscal, proferida el 23 de octubre de 1990, se destaca:

"Este Despacho al hacer el estudio de las pruebas allegadas al expediente encuentra: Declaraciones de testigos que tuvieron conocimiento indirecto de los hechos, es decir por relatos de otras personas; el testimonio del mismo ofendido, quien afirma que sus atacantes eran Agentes de Policía por el uniforme que portaban".

"Adolece el proceso de pruebas que demuestren efectivamente la vinculación de los autores del hecho delictivo con la Policía Nacional, pues el sólo indicio de llevar un uniforme no puede constituír plena prueba de su vinculación a la entidad demandada".

"Por estas razones se considera que el fallo proferido por el *a-quo* se ajusta a la realidad procesal, por consiguiente este Despacho está de acuerdo en afirmar que en el presente caso no se demostraron los elementos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Estado, ya que faltó la prueba de la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la falla del servicio causado por agentes de la entidad demandada".

Por su lado, la señora apoderada de la parte actora hace un extenso análisis de los indicios que operan en contra de la entidad pública en el presente litigio e insiste que se debe revocar la sentencia del tribunal y acceder a las súplicas de la demanda. Actuó en esta instancia con base en la apelación adhesiva que interpuso.

Para la entidad pública la sentencia merece ser confirmada por falta de pruebas de los elementos tipificantes de la responsabilidad. Su alegato se observa a folios 224 y siguientes.

Para resolver, se considera:

Para la sala el asunto no es tan simple como lo ve el ministerio público y como lo definió el tribunal. No basta en la presente controversia aplicar en forma fría y rigurosa el principio de la carga de la prueba para concluir que como la actora no la satisfizo, la demanda no puede prosperar.

No, en el presente litigio no pueden medirse las cosas con ese rasero, porque profundizando resulta una certeza suficiente, apta para concluir que

no sólo se dio la falla del servicio, sino que esa falla lesionó los derechos de los demandantes porque entre aquélla y el perjuicio causado existe un claro nexo causal.

Es claro que en el análisis siguiente jugará predominantemente la prueba indiciaria (parece que no existió ni para el juzgador de primera instancia ni para la señora fiscal de la corporación), aunque los documentos y los testimonios también jugarán su papel para la decisión definitiva.

Muestra el acervo probatorio:

a) Que el señor Luis Carlos Ospina Estrada, aquí demandante como víctima y damnificado, es hijo extramatrimonial de la señora Marina Isabel Estrada, con quien vivía bajo el mismo techo. A este respecto pueden verse las certificaciones que obran a folios 3 y 312; corroboradas con los testimonios que obran a folios 76 y ss, 101 y s, 103 y s, 105 y s, 107 y s 109 y s.

b) Que Luis Carlos es hermano por parte de padre y madre de Ruth Marina, Efraín Antonio, Carmen Cecilia y María Helena Ospina Estrada y hermano uterino de Lilibeth Rios Estrada y Sandra Patricia Martínez E. Sobre esto pueden verse los certificados notariales y las actas de registro correspondientes a folios 4 y ss y 305 y ss.

c) Que el día 9 de noviembre de 1986 recibió heridas con arma de fuego, de las cuales resultó una incapacidad laboral total o gran invalidez de carácter permanente (cuadriplejía); que el proyectil le ingresó a nivel cervical entre las vertebras 6a. y 7a. y lesionó la medula espinal. Puede verse al respecto la respuesta que el Instituto de Medicina Legal dio al exhorto No. 575 del *a-quo* (a fls 132), el cual hace la siguiente descripción del estado físico lamentable del señor Ospina:

> "Gran atrofia muscular de miembros superiores e inferiores, con la correspondiente limitación en las funciones en los cuatro miembros, incluido déficit en el mecanismo de aprehensión, bipedestación y locomoción; Contracciones clónicas en miembros inferiores con hiperreflexia osteotendinosa; trastornos en los órganos de la digestión y excreción urinaria pues presenta incontinencia de esfínteres, además de impotencia sexual; Presenta dos escaras en región lumbo-sacra en proceso de cicatrización y otra escara de 6 x 4 ctms en proceso de cicatrización en cara posterior y externa tercio proximal de muslo izquierdo, estas escaras son concecuencia directa de la cuadriplejía".

Sobre la fecha de los hechos y el lugar de su ocurrencia (caserío "Corazones") coinciden los testimonios que obran a folios 76, 80, 101, 103 y 105 del cuaderno principal.

d) Que el día de los acontecimientos estaban de servicio en Valledupar los agentes de la policía nacional Oswaldo Suárez Jaramillo, Germán Aníbal Mendoza y Jaime Enrique Lacombe Villa, adscritos al Departamento de Policía Cesar. Pueden verse así las hojas de vida de los citados agentes a folios 86, 91 y 121 y el oficio de mayo 9 de 1991, por medio del cual el jefe de Sección de Personal Deces informa que los agentes en cuestión estuvieron ese día en labores propias del servicio (a f. 247).

e) Que el señor Luis Carlos Ospina Estrada trabajaba a la sazón al servicio del señor Bernardo de Jesús Restrepo Grisales, como dependiente en un kiosko de su propiedad, situado frente al terminal de la Empresa Contracegua y Cosita Linda; trabajo en el cual devengaba un promedio de $30.000 mensuales. En relación con esto pueden verse la declaración del citado propietario y las declaraciones contestes que obran a folios 107, 109 y 152.

Los hechos anteriores aparecen acreditados en forma plena o suficiente, tanto por los testimonios recepcionados como por la prueba documental.

Hasta aquí se dan unas circunstancias objetivas que no permiten deducir quién o quiénes fueron los autores de las lesiones; y por ende, las pruebas analizadas no permiten inferir tampoco que se dio una falla del servicio y que con ésta se comprometió la responsabilidad del ente demandado.

Pero se observan dentro del proceso una serie de indicios complementarios que, unidos a las pruebas de los hechos mencionados atrás, permiten concluir que los agentes de policía citados en la demanda, cuando cumplían un operativo de servicio lesionaron en forma grave, desproporcionada e injusta, sin justificación alguna al señor Luis Carlos Ospina Estrada; que estas lesiones le causaron serios perjuicios en su integridad física y que además produjeron perjuicios a su madre y hermanos.

La cadena indiciaria muestra los siguientes eslabones: La demanda (a folios 10 y ss); la contestación de la misma por parte del señor apoderado de la nación (a folios 35 y ss); los testimonios de oídas que obran a folios 76, 101, 103, 105 y 153; la declaración bajo juramento del ofendido y demandante (a folios 80 y ss); el silencio de las investigaciones penal y disciplinaria; y las dificultades para la práctica de las pruebas.

Primer indicio. La demanda.

Aunque parezca un tanto insólito, la demanda presentada por el señor Luis Carlos Ospina Estrada y otros se constituye en el primer indicio contra la entidad pública demandada. Se habla de que puede parecer insólito porque, en principio, las afirmaciones que se hacen en tal escrito carecen de relevancia probatoria, en especial cuando ellas favorecen la posición de quien

las hace. De allí que los hechos enunciados requieran ser acreditados en la forma permitida en la ley y con sujeción al rito probatorio propio.

Pero no obstante esto, la demanda en el presente asunto trasciende esta posición y la desborda. En ella la parte actora hace graves imputaciones contra la entidad y sus miembros, constitutivas no sólo de una posible falla del servicio sino de delitos graves sancionados por la ley penal; y no sólo hace imputaciones contra la entidad sino que allí señala por sus nombres a los agentes de policía que cometieron los ilícitos y lo dejaron inválido.

Esta conducta por sí sola representa un grave riesgo para la vida de los demandantes, los que también corrieron el de incurrir en falsas imputaciones, conducta sancionada penalmente.

Pero la demandante decidió correr todos los riesgos al señalar a los agentes que intervinieron en el operativo. Claro está que la sala al aceptar esa imputación no le está dando a ésta el valor de indicio determinante; y si éste fuera el único no habría duda en la confirmación del fallo de instancia.

Segundo indicio. La contestación.

A folios 35 y ss del expediente obra ese documento que puede estimarse como otro indicio más contra la entidad pública demandada.

Cabe destacar en primer término que ésta, si consideraba falsas las imputaciones y lesivas de su honor, las debió rechazar enfáticamente y no limitarse a calificar a los ofendidos como pertenecientes a una "bande de delincuentes" que se aprestaban a iniciar las labores delictivas del día; y al referirse a Luis Carlos afirma, contra la evidencia, que no trabajaba, sino que era un vago integrante de una banda de delincuentes.

El señor apoderado hace la afirmación y le habría quedado muy fácil solicitar los antecedentes penales de los individuos asesinados y del herido, señor Luis Carlos Ospina E.. Pero no; esa afirmación así, escueta, parece más una justificación para acabar con la vida de un grupo, desgraciadamente para un sector de la sociedad y de la misma autoridad, de "desechables"; calificativo que conturba el espíritu por lo anticristiano.

Pero allí no termina el defensor de la nación. Al responder los hechos 7o., 8o. y 9o. acepta implícitamente la autoría material de los agentes Suárez Jaramillo, Lacombe Villa y Aníbal Mendoza al razonar de la siguiente manera:

"7o. 8o. 9o. Las investigaciones dirán si son responsables o no de los hechos imputados. Si se establece que los agentes procedieron como lo

dice la demanda, deben responder personalmente, no en nombre de la Administración".

El párrafo transcrito impresiona, y le presta un flaco servicio a la institución armada. En igual sentido se pronuncia al final:

"En el caso que nos ocupa de ser ciertos los cargos imputados, los agentes sindicados desde el momento en que capturaron a los particulares y en lugar de conducirlos al Cuartel, los llevaron a sitios alejados para causarles la muerte, dejaron de actuar a nombre de la Administración y lo hicieron en forma personal y bajo su propia responsabilidad, conducidos quizás por deseos de venganza, ya que posiblemente pudieron haber sido víctimas de esos particulares que no eran sino reconocidos delincuentes".

"No obraron a nombre de la Administración y por lo tanto no pueden comprometerla extracontractualmente"..

El indicio que revela esa contestación es bastante elocuente. A la entidad pública, ante la gravedad de las acusaciones estimadas por ella como falsas, no le quedaba, como se dijo, otra salida decente que la de protestar con vehemencia y probar la no veracidad de las mismas. Al proceder de distinta manera su apoderado, injuriando y aún tratando de justificar la mostruosidad de los hechos, dejó bastante mal parada a la institución que defendía. Este indicio, unido al primero, gana relevancia probatoria.

Tercer indicio. Los testimonios de oídas.

En el derecho probatorio tienen, por regla general escaso valor demostrativo. Pero cuando se trata de probar con ellos el hecho no susceptible de preuba directa (la comisión de un delito, ejemplo) gana cierto valor.

Los testimonios que obran (a folios 76, 101, 103, 105, y 153), pese a tener esta característica común, son contestes en la narración, dan la razón del dicho y se estiman como espontáneos y libres. Además, coinciden en lo fundamental con lo expuesto en la demanda.

Cuarto indicio. La declaración de la víctima demandante.

Formalmente habría que afirmar que carece de validez demostrativo por ser el testimonio no de un tercero sino de parte interesada. Recuérdese que el testimonio, por definición, es la declaración de un tercero ajeno o sin interés en la controversia.

No obstante lo dicho, esa prueba no puede rechazarse de plano porque, dadas las circunstancias que muestra el presente proceso tiene un gran poder de convicción, sin llegar a ser tampoco, por sí sola plena prueba.

Luis Carlos en su declaración se volvió a jugar la vida (folios 80 y ss) y no sólo afirmó rotundamente que fueron agentes de policía los autores de sus lesiones y de la muerte de otras dos personas, sino que narró unos hechos que en lugar de aparecer desvirtuados en autos han resultado bien probados, por ser coherentes, lógicos y posibles.

Así, en su declaración aparecen algunos pormenores que no fueron desvirtuados. Las personas indicadas, identificadas por sus nombres no solo estaban vinculadas al Departamento de Policía Cesar, sino que estaban de servicio el día de los acontecimientos. Habla el testigo del vehículo Toyota de la policía y resultó que en la minuta de guardia se hace referencia a un vehículo a cargo de uno de los agentes implicados, concretamente del agente Lacombe Villa (ver hojas de "turno de servicio de guardia", a folios 250 y ss). En esas hojas existe un vacío que por sí solo es elocuente. Lacombe Villa aparece como responsable del vehículo los días 7 y el 11 de noviembre de 1986, pero en la hoja del día 9 (fecha trágica) existe un vacío a ese respecto y el vehículo no aparece a nombre de nadie, pero al señor Lacombe no se le asignó horario ni cargo, pese a que aparece en la lista de los encargados del servicio.

Además en la minuta de guardia aparece retenido un vehículo Toyota, frente a la guardia del F 2, que bien pudo ser utilizado durante el operativo. Afirma Ospina Estrada que los agentes implicados vestían el uniforme de la policía, y ese día precisamente los agentes estaban de servicio (a folio 261) y por ende, debían portar las prendas apropiadas. Asimismo manifestó el testigo que le relató los mismos hechos al juez 63 de Instrucción Penal Militar y este funcionario, aunque sí tuvo conocimiento del caso, no dio respuesta a los exhortos que se le enviaron tanto por el *a-quo* como por esta sala. Su conducta se tocará más adelante al analizar las evasivas de las autoridades como un indicio más.

Quinto indicio. El silencio de las investigaciones penal y disciplinaria.

Pese a todos los esfuerzos que hizo el tribunal en la primera instancia y esta sala en la segunda para conocer las copias correspondientes a dichas investigaciones, todo fue en vano. Parece que en toda forma se quería silenciar el crimen y por eso nadie quiso enviar los informes correspondientes.

El señor juez 63 de Instrucción Penal Militar, quien inició la investigación por la muerte de dos ciudadanos y por las heridas de Luis Carlos, se limita a responder el exhorto No. 572 (a fls 59) que remitió las diligencias al juez Superior (reparto) el 2 de mayo de 1988, por competencia y no expide copia de lo actuado.

Los jueces superiores, instados a responder, no dan razón alguna del proceso enviado por el juez 63 de Instrucción. Y el mismo señor juez cuarto

superior, quien lo recibió en reparto según informa el señor juez primero apoyado en el libro de reparto (a f. 322), informa a folios 324 "que revisados cuidadosamente los libros radicados que se llevan en este juzgado no aparece radicado proceso en averiguación por el delito de homicidio y lesiones personales en donde aparece herido el ciudadano Luis Carlos Ospina Estrada".

El comandante del Departamento de Policía "Cesar" informó que tampoco se encontró registro de investigaciones disciplinarias contra los agentes Suárez Jaramillo Oswaldo, Mendoza Germán Aníbal y Lacombe Villa Jaime Enrique (Ver documento a folios 261).

Sexto indicio. Las dificultades para la práctica de las pruebas.

Este es un indicio más, que tampoco puede desecharse. Parece que a los testigos, en especial a los que administraban el bar "El Dorado", les dio miedo declarar. Pese a la insistencia del despacho, no pudo lograrse su declaración. Llegaron las cosas a tal extremo que la dueña del establecimiento no tuvo empacho en decir en su declaración que ni siquiera sabía quién lo administraba el día de los hechos (ver testimonio de la señora Tiburcia Ardila a folios 286).

A folios 288 aparece la constancia del oficial mayor del Tribunal, en la que se da cuenta que el administrador citado no quiso comparecer a la audiencia, "no obstante habérsele enviado la citación en forma oportuna".

El proceso muestra la insistencia para la práctica de ciertas pruebas y el fracaso de la misma. Son muestra elocuente de esta los autos de febrero 22 de 1991 (a folio 23), abril 11 (a folio 232), mayo 16 (folio 282) y julio 15.

La Sala podría seguir analizando otros indicios, pero los hasta aquí estudiados, unidos a las pruebas evaluadas al principio de la motivación, la relevan de un mayor abundamiento.

Ese conjunto de pruebas, pues, muestra en forma indudable que la falla del servicio se dio, en toda su extensión, y brutalidad; que fueron los policías, sindicados desde la demanda, los autores materiales de las heridas causadas al señor Luis Carlos Ospina Estrada; y que éste, a consecuencia de las mismas, quedó cuadripléjico de por vida.

Como es obvio ese hecho produjo perjuicios materiales y morales al señor Ospina Estrada; perjuicios que deberán resarcírsele con el máximo reconocido por la jurisprudencia; es decir, con la condena por perjuicios morales equivalente a 1000 gramos oro; y la de los materiales, con una indemnización comprensiva de los dos períodos (vencido y futuro) teniendo como base un ingreso promedio mensual de $30.000.oo durante toda su vida probable.

La condena será en concreto y para el efecto se aplicarán las fórmulas matemáticas adoptadas por la jurisprudencia.

En este sentido, la liquidación quedará así:

INDEMNIZACION DEBIDA

Ingresos mensuales:	$30.000.oo
Fecha accidente:	noviembre 9 de 1986
Indices de precios:	diciembre 1991 = (211.72) (Final)
	noviembre 1986 = (62.32) (Inicial)

n = noviembre 9/86 a febrero /92 = 5 años 3 meses = 63 meses.

$$Ra = 30.000 \ \frac{211.72}{62.32}$$

$$Ra = 30.000 \times 3.397304236$$

$$Ra = \$101.919;$$

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

$$S = \frac{101.919\ (1.004867)^{63} - 1}{0.004867}$$

$$S = 101.919 \times \frac{0.3578156}{0.004867}$$

$$S = 101.919 \times 73{,}51871789 = \$\ 7.492.954.$$

INDEMNIZACION FUTURA

Fecha nacimiento:	enero 15 / 1965
Edad a la fecha accidente:	21 años 10 meses
Vida probable para 22 años	= 51.03
Ingresos:	. $101.919.

n = 51.03 años = 612.36 – 63 = 549.36

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

$$S = \frac{101.919\ (1.004867)^{549.36} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{549.36}}$$

$$S = \frac{101.919 \times 13.400.308}{0.070086299}$$

S = 101.919 x 191.1972552

S = $ 19.486.633

INDEMNIZACIONES

VENCIDA:	$ 7.492.954
FUTURA:	$19.486.633
	$26.979.587

En cuanto a los demás damnificados, se anota: La madre de Luis Carlos, señora Marina Isabel Estrada Carrillo, será indemnizada, por el perjuicio moral sufrido, con 1000 gramos oro. Se presume, en eventos como el aquí estudiado, la misma aflicción para la madre.

Dado que la condena a favor de su hijo será por el total vista la invalidez permanente total; y que la condena, en la práctica, le reemplaza lo que devengaría durante toda su vida, no habrá reconocimiento de perjuicios materiales para su madre. Esta, si sigue viviendo con su hijo, recibirá, de cierta manera, beneficios en la indemnización obtenida por éste.

Los hermanos también serán resarcidos por concepto de perjuicios morales, en una suma equivalente a 100 gramos oro para cada uno, porque de los testimonios se infiere el afecto fraternal existente entre ellos, aunque sin mucha explicitud o detalles por parte de los declarantes.

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

FALLA:

1) Revócase la sentencia de 3 de abril de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar. En consecuencia:

a) Declárase responsable a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Policía Nacional) de los perjuicios causados al señor Luis Carlos Ospina Estrada el día 9 de noviembre de 1986 en la ciudad de Valledupar.

b) Condénasele a pagarle al citado señor por concepto de perjuicios materiales la suma de VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE.

($26.979.587); por perjuicios morales el equivalente en pesos colombianos de 1000 gramos oro, según la certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

c) Condénasele igualmente a pagar por concepto de perjuicios morales, a favor de estas personas, las siguientes cantidades en gramos oro: Para la señora Marina Isabel Estrada C. 1000 gramos; para Ruth Marina, Carmen Cecilia, Efraín Antonio y María Elena Ospina Estrada; Lilibeth Rios Estrada y Sandra Patricia Martínez, de a 100 gramos oro para cada uno.

2) La condena deberá pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios luego.

3) Deniéganse las demás súplicas.

4) Expídanse las copias autenticadas de este fallo, una vez ejecutoriado, para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 6 de febrero de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SUSPENSION PROVISIONAL–Improcedencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIO/ACTO DE ADJUDICACION**

Cuando se produjo la revocatoria de la resolución que adjudicó la licitación, desde ese mismo instante bien pudo haberse causado un perjuicio, sin que la suspensión del acto que lo revocó permita evitarlo o interrumpirlo, porque entre otras razones, debe tenerse en cuenta que la revocatoria de la adjudicación equivale a no ser adjudicatario, situación que no podría volverse a adquirir en virtud de la suspensión provisional del acto demandado. A más de que la suspensión provisional del acto no generaría para la administración obligación legal de contratar, pues el juzgador no puede obligar a ello con quien no quiere hacerlo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7072. Actor: Jairo Herrera Maya.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación que interpuso la Empresa de Licores del Chocó contra el auto de fecha 25 de septiembre de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo de ese departamento, mediante el cual, de una parte, admite la demanda formulada por JAIRO HERRERA MAYA contra la Resolución No. 562 del 12 de agosto de 1991 dictada por la empresa recurrente y, de otra, decreta la suspensión provisional del aludido acto administrativo, recurso que tan solo busca la revocatoria de esta medida.

La parte actora para fundamentar su solicitud de suspensión provisional sostiene que el acto acusado (Resolución No. 562 del 12 de agosto de 1991), mediante el cual revoca la Resolución No. 528 del 26 de julio de 1991 viola en forma ostensible normas constitucionales y legales superiores, a más de haber sufrido serios perjuicios económicos.

Encuentra violado el artículo 35 del Decreto 222 de 1983 en cuanto tal disposición establece que "Ejecutoriada la resolución de adjudicación esta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario". De igual manera relaciona la violación del artículo 58 de la Carta Política por cuanto no respeta los derechos adquiridos por el demandante a través de la resolución 528 de 1991, mediante la cual se le había adjudicado la licitación sobre distribución de aguardiente.

Con relación a los artículos 73 y 74 del C.C.A. que también estima violados, sostiene que la administración desconoció la prohibición legal de revocar un derecho de carácter particular y concreto ya reconocido, sin contar con el consentimiento expreso y escrito del titular, y que para proceder a la revocatoria de actos particulares y concretos se debe adelantar la actuación administrativa conforme al artículo 28 del C.C.A.

También enlista como violados los artículos 30 y 35 del Decreto 222 de 1983, en cuanto establecen las reglas sobre la licitación pública y consagran que la resolución de adjudicación de aquella, cuando está ejecutoriada es irrevocable. Por último considera que el acto demandado atenta contra el artículo 84 del C.C.A. por falsa motivación al declarar desierta por segunda vez la licitación pública 001 de 1991.

Para acreditar los perjuicios sufridos como consecuencia del acto acusado, el demandante afirma que deja de vender 7.000 botellas de aguardiente en el mes a $4.064 cada una para un total de $28.448.000.oo.

Aduce como pruebas tres copias de facturas autenticadas por el Notario Unico del Círculo de Quibdó, sin que en las mismas se encuentre firma alguna, ni del vendedor, ni de los supuestos compradores. (Fls. 41, 42 y 43).

Consideró el *a-quo* en el proveído recurrido que por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la suspensión provisional se encuentra condicionada a dos supuestos: el primero, la violación de una norma superior y el segundo, la prueba sumaria del perjuicio presente o futuro del actor.

Con respecto a la violación del artículo 58 de la Constitución Política, encuentra el Tribunal que "no es manifiesta, ni obvia, ni flagrante la violación", por cuanto sería necesario el estudio previo y dispendioso de varios

factores, lo cual no corresponde a la naturaleza jurídica de la medida solicitada.

En cambio, con relación al artículo 35 del Decreto 222 de 1983 que en lo pertinente consagra: "Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario", estimó el Tribunal que tal disposición legal sí había sido violentada por el acto acusado al revocar una resolución que era, por mandato legal, irrevocable. Esa violación la consideró suficiente el *a-quo* para decretar la medida cautelar recurrida por la Empresa de Licores del Chocó.

Para resolver se CONSIDERA:

El punto a decidir en el caso bajo examen se concreta a determinar si hay lugar o nó a decretar la suspensión provisional de la Resolución No. 562 de 1991 proferida por el Gerente de la Empresa de Licores del Chocó, mediante la cual revocó la Resolución No. 528 de 1991 y declaró desierta por segunda vez la Licitación Pública No. 00191 sobre distribución de aguardiente Platino en el Departamento del Chocó.

Dos son los presupuestos o requisitos legales para que proceda el decreto de suspensión provisional en acciones como la presente, es decir, de nulidad y restablecimiento del derecho; de una parte se requiere la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma", y de otra "se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor". (art. 152 - 2, 3, C.C.A.).

Al respecto considera la Sala que, en principio, si bien pudiera presentarse violación de la disposición legal contenida en el artículo 35 del Decreto 222 de 1983, como lo entendió el *a-quo*, cuando afirma que la Resolución No. 528 de 26 de julio de 1991, por la cual se adjudicó al actor la Licitación Pública Nacional No. 001/91, era irrevocable y obligatoria para la entidad y el adjudicatario, no sucede lo mismo con relación a los perjuicios supuestamente ocasionados con el acto administrativo demandado, porque dadas la naturaleza y finalidad cautelares de la suspensión provisional, esta medida debe encaminarse a interrumpir la producción de los perjuicios, de tal forma que si ya se han ocasionado, se pierde o desvía la finalidad de dicha suspensión, pues, no puede perderse de vista que esta institución presenta claro carácter preventivo o cautelar.

En este orden de ideas, cuando se produjo la revocatoria de la resolución que adjudicó la licitación, desde ese mismo instante bien pudo haberse causado un perjuicio, sin que la suspensión del acto que lo revocó permita evitarlo o interrumpirlo, porque entre otras razones, debe tenerse en cuenta

que la revocatoria de la adjudicación equivale a no ser adjudicatario, situación que no podría volverse a adquirir en virtud de la suspensión provisional del acto demandado. A más de que la suspensión provisional del acto no generaría para la administración obligación legal de contratar, como jurisprudencialmente se ha establecido, pues, el juzgador no puede obligar a ello con quien no quiere hacerlo. Precisamente, por esto en la demanda no se pide como restablecimiento del derecho mantener o renovar la relación contractual con el demandante, sino que se limita al resarcimiento de los perjuicios materiales causados con la suspensión de la distribución de licores. Para la eventual compensación solo quedaría esperar la decisión de fondo que, a manera de restablecimiento del derecho, llegare a disponer la indemnización de los perjuicios ocasionados, demostrados y valorados durante el proceso.

No se trata entonces, como lo entendió el *a-quo*, de considerar que la suma relacionada por el actor como perjuicios aparentemente sufridos, amerita la suspensión del acto acusado, porque, se repite, una vez se hubiere causado el daño en virtud de la resolución administrativa ejecutada, pierde la suspensión provisional su importancia y finalidad como medida preventiva o cautelar y, por consiguiente, resulta inocuo e improcedente mantenerla, razón por la cual se revocará la decisión objeto del recurso en cuanto suspendió provisionalmente el acto demandado, tal como lo implora el señor apoderado de la demandada.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 25 de septiembre de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo del Chocó, únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 562 del 2 de agosto de 1991, proferida por el Gerente de la Empresa de Licores del Chocó.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Expediente No. 7072. Actor: JAIRO HERRERA MAYA.

SUSPENSION PROVISIONAL/ACTO DE ADJUDICACION—(Salvamento de Voto).

Si el actor, en lugar de pedir como lo hizo (la nulidad del acto de revocatoria y como consecuencia la indemnización de perjuicios) hubiera solicitado esa misma nulidad y efectividad del acto de adjudicación inicial; es decir, el cumplimiento del acto de adjudicación con todas sus consecuencias (la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato), la suspensión provisional habría podido mantenerse porque así el adjudicatario inicial habría podido exigirle a la administración la ejecución del acto con todas sus consecuencias.

Salvamento de Voto.— Santafé de Bogotá, D.C. febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 7072. Actor: Jairo Herrera Maya. Ponente: Doctor Daniel Suárez H.

Comparto la decisión final, pero considero que debió precisarse un tanto la motivación, porque si el actor, en lugar de pedir como lo hizo (la nulidad del acto de revocatoria y como consecuencia la indemnización de perjuicios) hubiera solicitado esa misma nulidad y la efectividad del acto de adjudicación inicial; es decir, el cumplimiento del acto de adjudicación con todas sus consecuencias (la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato), la suspensión provisional habría podido mantenerse porque así el adjudicatario inicial habría podido exigirle a la administración la ejecución del acto con todas sus consecuencias.

En síntesis, sólo por la forma como el actor presentó la demanda se revocó la decisión del tribunal. Si la pretensión hubiera sido como la insinuada atrás, la suspensión habría tenido que mantenerse, dada la ostensible violación del decreto 222 de 1983, en su artículo 35.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

EXPLOTACION DE CARBON/LICENCIA DE EXPLOTACION/APORTE/ FRAUDE A LA LEY

El dejar pasar la oportunidad de defender los derechos subjetivos, por la vía de la oposición, consolidó el derecho sobre el área en el titular del aporte, el cual ya no puede controvertirse cuestionando los actos que él realice con miras a la exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales que se encuentren en la respectiva zona. En otras palabras, la finalidad de la oposición es la de que se respete el derecho del opositor, pero para lograrlo es necesario que se acuda al expediente que la ley tiene establecido para ello, pues no queda el arbitrio de los interesados desentenderse del asunto, para luego, con el correr de los meses y de los años, ataca por la vía de las nulidades los actos que el titular del aporte celebra o realiza para que se logre el objeto del aporte.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 5487. Actor: Soc. Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. Demandado: Carbones de Colombia S.A. Carbocol y Sociedad Industrias Colombianas Minerarias Ltda. Incolmine Ltda.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar el negocio del rubro,

que se inició el día trece (13) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en virtud de demanda presentada por Soc Consorcio Minero de Cúcuta.

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

"LUISA FERNANDA ARAMBURO, mayor y vecina de Bogotá, abogada titulada e inscrita, con tarjeta profesional número 24.011 del Ministerio de Justicia, actuando como apoderada de la Sociedad "Consorio Minero de Cúcuta Ltda", con domicilio en Bogotá, de acuerdo al poder otorgado por el suplente del Gerente, Dr. RICARDO NUÑEZ AMAYA, mayor y vecino de Bogotá, con todo respeto me dirijo a uds. con el fin de iniciar demanda contra "CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL– quien para los efectos de esta demanda se llamará CARBOCOL, con domicilio en Bogotá, representada por su Presidente el Dr. SERGIO SOKOLOFF, mayor y vecino de esta ciudad, y la Sociedad "INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., INCOLMINE LTDA; con domicilio principal en Cartagena, y Sucursales en Cúcuta, representada por su Gerente el Sr. DOMENICO SCHIAPPA SCHIAPPA, quien para los efectos de esta demanda se denominará INCOLMINE, con el objeto de que se declare la nulidad absoluta de los contratos números 095 y 096, de mediana explotación carbonífera, cuya área y linderos serán descritos en el capítulo de los hechos, celebrado entre CARBOCOL e INCOLMINE.

"HECHOS U OMISIONES:

"1.– Mediante Resolución 001610 del 28 de septiembre de 1970, el Ministerio de Minas y Petróleos (hoy y Energía), y quien para los efectos de esta demanda se denominará Ministerio, admitió la propuesta radicada bajo el número 3248 para la exploración y explotación de un yacimiento de carbón y demás minerales concesibles a favor de JOSE RAFAEL GUTIERREZ, quien posteriormente cedió sus derechos a la sociedad "Consorcio Minero de Cúcuta Limitada", cesión que fue aceptada por el Ministerio, mediante resolución 000683 del 10 de abril de 1985.

"2.– *El 12 de abril de 1976* se le *otorgó* a la sociedad CONSORCIO MINERO DE CUCUTA, mediante resolución 001095, la Licencia 3248 para la exploración técnica de un yacimiento de carbón, ubicado en la Jurisdicción del Municipio de Cúcuta, en el Departamento de Norte de Santander, en una extensión de 3.360 hectáreas con 9.369 metros cuadrados y comprendida dentro de los siguientes Linderos: "Se toma como punto arcifinio y de partida la confluencia de la Quebrada La Rin-

conada con el Río Pamplonita, marcado en el plano topográfico con la letra "A", cuyas coordenadas planas gauss aproximadas son: X = 1.381.400; Y = 852.300. Con rumbo S 11°18'36" W y 5.099 metros. al vértice B y de aquí al Oeste con 3.710 metros, a C de donde se sigue N – 32°E y 740 metros a D y de aquí N 58° W y 600 metros a E de donde se sigue S 32° W y 1.110 metros a F de aquí al Oeste con 3.550 metros a G de donde se sigue al Norte con 5.000 metros a H y de aquí al Este con 4.100 metros al I. de donde se continúa al Sur con 1.350 metros al vértice J de donde se sigue al Este con 750 metros al K y de aquí S – 43° W y 700 metros a L de donde se sigue Sur 63° E y 1.090 metros al vértice M de donde se continúa al Este con 2.500 metros al vértice N de donde se sigue al Norte 2.370 metros al vértice O de donde se regresa a cerrar al punto de partida o vértice A con rumbo S – 89° – 06'37" E y 1.121.26 metros de longitud".

"3.– El área inicial de la Licencia 3248 fue objeto de modificación, debido a que el Ministerio, por resolución 001035 del 25 de mayo de 1972 declaró fundadas las oposiciones que contra ella formularon entre otros los señores REINALDO QUINTERO, quien tramitó el permiso número 1075 y SAMUEL OLIVARES, quien tramitó los permisos 1082 y 1083, que posteriormente CEDIERON, a la sociedad INDUSTRIAL COLOMBIANAS MINERARIAS LTDAS, INCOLMINE LTDA., y que fueron CANCELADOS a dicha sociedad porque los datos consignados en los informes no coincidieron con la realidad, de acuerdo al concepto emitido por la sección de Fiscalización e Interventoría del Ministerio, en una Inspección Ocular que hicieron a la zona, en *consecuencia el área objeto de los permisos 1075, 1082 y 1083 quedó libre* y posteriormente incluida en el aporte otorgado a CARBOCOL.

"4.– Por resolución No. 001088 del 14 de junio de 1978 el Ministerio le otorgó en Aporte a CARBOCOL una zona de 9.872.7054 Km^2 situada en Jurisdicción de los departamentos de Norte de Santander, Santander y Boyacá, radicada bajo el número 986, y cuyos linderos son:

"A) Páramo de Tama (Hito Internacional)
X= 1.310.056; Y= 1.183.150.

"B) Centro de la Población EL ESPINO
X= 1.208.850; Y= 1.174.850.

"C) Centro de la Población de Málaga
X= 1.232.830; Y= 1.148.700.

"D) Centro de la Población de Mutiscua
X= 1.299.240; Y= 1.146.950.

"E) Centro de la Población de Sardinata
X = 1.385.900; Y = 1.140.600.

"F) Centro del Corregimiento Las Mercedes
X = 1.409.880; Y = 1.130.780.

"G) Sitio de Confluencia de los ríos SUROESTE e INTERMEDIO (Río de Oro).
X = 1.517.560; Y = 1.117.860.

"Del vértice G se continúa por los límites de la Frontera Colombo-Venezolana hasta entrar al vértice A (Páramo de Tama-Hito Internacional).

"En el artículo tercero de dicha resolución se excluían las zonas (sic) objeto de solicitudes de propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, es decir se estaba excluyendo expresamente de este aporte la Licencia 3248, ubicada en el departamento de Norte de Santander y otorgada el 12 de abril de 1976.

"5.– En respuesta a una solicitud de INCOLMINE, el Ministerio expidió las siguientes constancias: a) Que Incolmine Ltda., no tenía ningún derecho minero para la explotación de carbón, y no estaba tramitando solicitud alguna para la obtención de tal Derecho; b) Que las zonas objeto de los permisos 1075, 1082 y 1083 el Ministerio no se los había otorgado a persona distinta de CARBOCOL después de que fueron cancelados (a Incolmine) c) Que las zonas A.B. y C. cuyos linderos aparecen descritos en el memorial de petición, están totalmente incluidas en el área del aporte 896 otorgado a CARBOCOL. En relación a esta última certificación el Ingeniero HERNANDO LARROTA LOPEZ de la Sección de estudios e Ingeniería del Ministerio, después de haber consultado los linderos descritos en memorial petitorio de Incolmine y elementos cartográficos, determinó varias superposiciones existentes en áreas discriminadas por el peticionario como: Zona A, Zona B, y Zona C, donde entre otras aparece en esta última la Licencia 3248.

"Al parecer estas tres constancias sirvieron de base para la realización de los contratos que CARBOCOL realizó con Incolmine, pero inexplicablemente no se tuvo en cuenta el concepto del ingeniero LARROTA sobre superposiciones, pues simplemente tomaron en cuenta la afirmación que todas las áreas descritas en el memorial petitorio estaban incluidas dentro del Aporte 896 a CARBOCOL.

"6.– El 10 de noviembre de 1986 CARBOCOL celebró con INCOLMINE los contratos Administrativos números 095 y 196, para la explotación de carbón en la Zona A, mina "El primer presidente", comprendida dentro de los siguientes linderos: "Partiendo del Punto Arcifinio

(P.A.), ubicado en la confluencia del caño "EL OLVIDO" con la quebrada "Aguadas", cuyas coordenadas planas de Gauss: USO C.E., son: X =1.380.797.00 Y= 850.995.00, con rumbos S 44° 17'10"W y una distancia de 1.986.42 metros se llega al punto A; de este punto con rumbo S 35° 30' W y una distancia de 2.500.00 metros se llega al punto B; de este punto con rumbo N 54°30' W y una distancia de 1.240.00 metros se llega al punto C; de este punto con rumbo N 35°30' E una distancia de 2.500.00 metros se llega al punto D; de este punto con rumbo S 54°30' E y una distancia de 1.240.00 metros se llega al punto A; punto este de partida y cierre de polígono alinderado. El área antes descrita está ubicada en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Vereda "EL SALADO", Departamento de Norte de Santander, y comprende una extensión superficiaria total de Trescientos Nueve hectáreas, Nueve Mil Novecientos Setenta y Seis metros cuadrados (309 has, 9.976.00 metros cuadrados)". Y en la zona C "Mina Los Curos" comprendida dentro de los siguientes linderos: "Partiendo del punto arcifinio (P.A.), ubicado en la confluencia del caño "El Olvido" con la quebrada "Aguadas", cuyas coordenadas planas de Gauss: USO C.E., son: X 1.380. 797.00 Y 850.995.00, con rumbo N 2° 46'45" E y una distancia de 193.12 metros se llega al punto A; de este punto con rumbo S 23° 57' 45" E y una distancia de 984.89 metros se llega al punto B; de este punto con rumbo N 80° 00' W y una distancia de 772.53 metros se llega al punto C; de este punto con rumbo N 43° 55' 28" W y una distancia de 585.28 metros se llega al punto D; de este punto con rumbo N 65° 58' 22" E y una distancia de 834.00 metros se llega al punto A; punto este de partida y cierre de polígono alinderado. El área antes descrita está ubicada en Jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Vereda "El Salado", Departamento de Norte de Santander, y comprende una extensión Superficiaria total de cincuenta y cuatro hectáreas, Siete mil cuarenta y seis metros cuadrados (54 Has, 7.046 metros cuadrados)".

"7.– El 12 de junio de 1987, por Resolución número 001589 el Ministerio aprobó algunos contratos de pequeña y mediana minería entre los cuales se incluían los contratos 095 y 096 celebrados por CARBOCOL e INCOLMINE, en las zonas descritas en el numeral anterior. Contra dicha decisión el CONSORCIO MINERO DE CUCUTA interpuso recurso de Reposición, argumentando que dichos contratos se superponían parcialmente a la licencia 3248, expresamente excluida en el Aporte 896 de CARBOCOL.

"Para decidir este recuro, el director de asuntos legales del Ministerio ordenó el envío del expediente a la Dirección General de Minas para que verificara la existencia de la mencionada Superposición, y el 24 de septiembre de 1987 dicha oficina sostuvo: "... Que teniendo en cuenta los linderos de los contratos entre CARBOCOL DE COLOMBIA S.A. y

la Sociedad INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., INCOLMINE LTDA. Zona A mina "El primer presidente" y Zona C mina "Los Curos", que obra a folios 10, 11, 12 y 13 de este expediente, igualmente teniendo en cuenta los linderos del amojonamiento del área de la solicitud de la Licencia 3248, *se deduce que los mencionados contratos se superponen a la solicitud de la licencia No. 3248*". (Subrayo).

"Y anexaron a este informe esquema, hojas de cálculo y un plano donde se puede apreciar claramente estas superposiciones. (sic).

"A pesar de este concepto teórico y gráfico, mediante el plano, el Ministerio no revocó la resolución aduciendo que estas aprobaciones era un requisito simplemente formal, y de ésta no dependía el perfeccionamiento de los convenios ya realizadas por CARBOCOL.

"8.– Ante esta circunstancia la Dirección General de Asunto Legales (sic) del Ministerio le envió una comunicación al Gerente de proyectos en estudio de CARBOCOL donde le comunica la superposición ya anotada y posteriormente le envió un plazo descriptivo de esta superposición. Sin embargo hasta el momento dicha Entidad no ha hecho nada para remediar esta situación, y aunque han tenido varias reuniones con mis poderdantes, y el ministerio la única solución que proponen es que el Consorcio Minero de Cúcuta renuncie parcialmente a un derecho ya adquirido, reconocido por la Ley, y por tanto al obligatorio cumplimiento.

"9.– Finalmente el 9 de marzo del presente año, el representante legal de INCOLMINE LTDA. consciente de su falta de derecho en dicha zona, envió a CARBOCOL una comunicación renunciando al área que se superpone a la Licencia 3248 en el contrato 096, pero debido a que no legalizó en tiempo el otro sí a este contrato, CARBOCOL tuvo que elaborar una nueva reforma enviada el 9 de agosto y que tampoco aún ha sido devuelta. En consecuencia, persisten las superposiciones ya anotadas en los dos contratos 095 y 096.

"PRETENSIONES:

"Pido que en la sentencia que ponga fin al proceso, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRINCIPALES:

"1.– Es totalmente nulo, por ser contrario al ordenamiento Jurídico cuando se suscribió el Contrato Administrativo 095 del 10 de noviembre de 1986, sobre Zona A mina "El primer presidente", cuya ubica-

ción y linderos se describen en el numeral 6o. del Capítulo de los Hechos u Omisiones, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL– e INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., –INCOLMINE LTDA.–.

"2.– Es totalmente nulo, por ser contrario al ordenamiento Jurídico cuando se suscribió el contrato administrativo No. 096 del 10 de noviembre de 1986 sobre la zona C mina "Los Curos", cuya ubicación y linderos aparecen descritos en el numeral 6o. del Capítulo de Hechos u Omisiones, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL– e INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., –INCOLMINE LTDA.–.

"SUBSIDIARIAS:

"1.– Que se ordene la reducción del área que se Superpone a la Licencia 3248, en el contrato administrativo 095 del 10 de noviembre de 1986, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL– e INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., –INCOLMINE LTDA.–, para explotación de carbón en la zona descrita por su ubicación y linderos en el numeral 6o. del capítulo de hechos u omisiones.

"2.– Que se ordene la reducción del área que se superpone a la Licencia 3248, en el contrato administrativo 096 del 10 de noviembre de 1986, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL– e INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA., –INCOLMINE LTDA.–, para explotación de carbón en la zona descrita por su ubicación y linderos en el numeral 6o. del Capítulo de hechos u omisiones.

"En cualquiera de las dos declaratorias, pido que se fije la indemnización de perjuicios que se logre probar en el proceso.

"NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"En primer término quiero aclarar, que si bien es cierto que el Aporte 896, otorgado por el Ministerio a CARBOCOL se ceñía al Decreto 1275 de 1970, vigente en esa época, y en especial los artículos 30,16, 167 y 169 que establece el mecanismo y plazo para las oposciones, éstas no eran necesarias en este aporte porque el numeral 3o. de la resolución 002118 del 14 de junio de 1978 que otorgó el mencionado derecho a CARBOCOL, expresamente excluía: "Las solicitudes de propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, para explorar y explotar minerales continuará su trámite legal. ...".

"EL CONSORCIO MINERO DE CUCUTA desde el 28 de septiembre de 1979, fecha en que el Ministerio admitió la propuesta, tenía en trámite la Licencia 3248, en un área ubicada en el Departamento del Norte de Santander, y por tanto quedó excluída de la zona del Aporte 896.

"Acerca de las normas violadas y el concepto de su violación, consideró:

"1.– El artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, y específicamente el literal a).

"Este artículo consagra que a partir de esta ley, la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la nación solo podrá hacerse mediante el sistema de Aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional que tengan entre sus objetivos dicha actividad, y posteriormente agrega, se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, literal a) "las áreas de Permisos, Licencias o Contratos de concesión otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley".

"La licencia 3248, estaba incluida dentro de las excepciones del literal a) del artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, transcrito anteriormente, porque la mencionada Licencia fue otorgada el 12 de abril de 1976 a la sociedad Consorcio Minero de Cúcuta Ltda, mediante resolución número 001095 del Ministerio de Minas y Energía.

"A pesar de esta circunstancia, CARBOCOL ha desconocido y continua desconociendo en forma inexplicable, dicha disposición tan clara y categórica, al celebrar los contratos con la firma Incolmine Ltda., en parte de las áreas excluidas expresamente en el Aporte 896.

"2.– El Decreto 2477 de 1986, artículo 244, y específicamente el literal b).

"Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo 242 de este Decreto:

"b) Las áreas objeto de Licencias de exploración de carbón cuya resolución de otorgamiento se hubiere proferido antes del 25 de enero de 1980".

"Como ya lo expresé, la Licencia 3248 fue otorgada el 12 de abril de 1976, en consecuencia, también esta disposición ha sido violada por CARBOCOL E INCOLMINE al contratar sobre áreas que de acuerdo a esta norma, *no tienen* derecho alguno por estar expresamente excluidad (sic) del aporte 896 dada a CARBOCOL, y de cualquier otro aporte futuro, porque ya hay un derecho adquirido y reconocido por estas

disposiciones y por el otorgamiento del Ministerio, de la Licencia para la exploración de carbón mineral.

"3.– Se violaron también las normas del Código Civil, aplicables a toda clase de contratos, por que constituyen los principios orientadores de toda actuación contractual, aún en el orden administrativo.

"Artículo 1.502 y 1.519 del C.C.. El artículo 1.502: "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración, es necesario: "1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consieta (sic) en dicho acto o declaración; 3. *Que recaiga sobre un objeto lícito*; 4. *Que tenga una causa lícita.* (subrayo).

"Los contratos 095 y 096 que celebraron CARBOCOL e INCOLMINE carecen de valor jurídico porque desconocieron dos requisitos esenciales de todo contrato: el objeto lícito y la causa lícita.

"Hay objeto ilícito, de acuerdo al artículo 1.519 del C.C. "... todo lo que contraviene el Derecho Público de la nación", y de acuerdo al artículo 1.521 hay objeto ilícito en la enajenación: ..." 2) De los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona".

"Jurisprudencialmente se ha definido el término enajenación como la transferencia del Derecho de una persona a otra, por tanto, CARBOCOL al no ser titular de ningún derecho sobre el área de la Licencia 3248, no podía transferir a otra persona el Derecho y privilegio que mis poderdantes tienen para explorar la zona de la licencia 3248. En consecuencia dicho acto carece de validez por tener objeto ilícito.

"El artículo 1524 del C.C. establece: "No puede haber obligación *sin causa real y lícita. ...*" (subrayo).

"Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y *por causa ilícita la prohibida por la ley. ...*" (subrayo).

"Los contratos 095 y 096 celebrados entre CARBOCOL e INCOLMINE carecen de causa lícita, porque la ley 61 de 1979 expresamente lo prohibía y el Decreto 2477 de 1986, de acuerdo a los argumentos ya expuestos.

"De esta forma queda ampliamente demostrado, y además porque es palmaria, la violación de las normas citadas". (fls. 159 - 167 Cdno. Nro. 1).

II

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA. –INCOLMINE LTDA.–

A folios 216 y siguientes del Cauderno Nro. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de la firma de la referencia 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:

"I.– OBSERVACIONES A LOS FUNDAMENTOS DE HECHOS DE LA DEMANDA

"A los hechos aducidos en la demanda (folios 191 a 203 del cuaderno No. 1) se hicieron en la contestación a la misma observaciones tendientes a aclarar unos y refutar otros también con hechos que quedaron debidamente probados en el proceso.

"Nada había que objetar a las afirmaciones contenidas en los numerales 1, 3, 6 y 7 en cuanto a la admisión por parte del Ministerio de Minas y Energía de la propuesta No. 3248 para la exploración de un yacimiento de carbón, en la cual fue posteriormente sustituta la sociedad demandante; ni en lo relativo a la modificación del área inicial de la licencia No. 3248, concebida para la exploración técnica de un yacimiento de carbón y a la cancelación de los permisos No. 1075, 1082 y 1083, con la consecuencia de que el área objeto de ellos "quedó libre y posteriormente incluida en el aporte otorgado a CARBOCOL", ni en lo que respecta a la celebración entre CARBOCOL e INCOLMINE, el 10 de noviembre de 1986, de los contratos administrativos Nos. 095 y 096, para la explotación de carbón en la zona A (mina "El Primer Presidente") y en la zona C (mina "Los Curos"), ubicadas en la vereda "El Salado" del municipio de Cúcuta y cuyos linderos se señalan en la demanda; como tampoco en lo atinente a la aprobación de tales contratos por resolución del Ministerio de Minas y Energía y al rechazo del recurso de reposición interpuesto contra aquella, para lo cual dicho organismo oficial adujo un argumento, en mi concepto, equivocado, como se demuestra en la contestación de la demanda (hechos 1, 3, 6 y 7; folios 191, 192, 194 y 195 del Cuaderno No. 1; 4, 7 y 9 del Cuaderno Nro. 2).

"Las siguientes son las observaciones que a los demás hechos de la demanda se hicieron en la respectiva contestación:

"1.– Es cierto el hecho No. 2 en cuanto al otorgamiento, *el 12 de abril de 1976*, de la licencia No. 3248 al Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., para la exploración técnica de un yacimiento de carbón, ubicado en el municipio de Cúcuta, cuyos linderos se indican en la demanda. Pero se hizo la siguiente aclaración: "En la época en que se celebraron los contratos 095 y 096 entre CARBOCOL e INCOLMINE y fueron aprobados por el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución No. 001589, del 12 de junio de 1987, antes y después, el CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA. se encontraba sujeto a las causales de cancelación de la licencia, previstas en los ordinales 1o. y 4o. del artículo 86 del decreto 1275, por haber incurrido en violación de lo dispuesto en los artículos 74 y 110 del mismo estatuto, modificados por los artículos 3o. y 7o. del decreto 2727 de 1979, y en el 78 del decreto primeramente citado, modificado por el 13 del decreto 2181 de 1972, como se verá a continuación" (Fls. 4 y 5 del cuaderno No. 2):

"a) Conforme a la disposición últimamente citada y a la Resolución 00668, del 25 de marzo de 1988, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., *debía tener amojonada* el área de la licencia No. 3248, en el *mes de mayo de 1983*. Esta prueba aparece en los folios 16 a 19 del Cuaderno No. 5).

"b) Ya el 13 de enero de 1983, la Sección de Fiscalización e Interventoría del Ministerio de Minas y Energía había hecho la observación y advertencia de que el 5 de mayo del mismo año vencía el período de exploración y que se debía presentar la documentación de alinderación y amojonamiento del área correspondiente a la Licencia 3248, como se puede comprobar a folio 23 del cuaderno No. 5.

"c) Ingenieros del Ministerio de Minas y Energía comprobaron, durante la inspección ocular realizada en los días 25, 26 y 27 de abril de 1987 que el Consorcio demandante no había dado cumplimiento a la obligación de amojonar la zona de la licencia No. 3248 (fols. 31 a 40, especialmente 36 y 39, del cuaderno No. 5) y así lo declaró la Directora Nacional de Asuntos Legales del mencionado organismo oficial, en su artículo 1o. de la resolución 000080 del 20 de enero de 1988; pero ilegalmente le concede un plazo de dos meses para efectuar ese trabajo, como se demuestra en los folios 42 a 49 del cuaderno No. 5.

"d) Además, en concepto emitido por el Jefe de Fiscalización e Interventoría del mismo Ministerio, con fecha 25 de octubre de 1982, se dijo "que el beneficiario (Consorcio Minero de Cúcuta Ltda.) *está en mora de presentar el informe anual de exploración*", como se lee a folio 24 del cuaderno No. 5 (el subrayado es mío).

"e) El 16 de septiembre de 1983, la Sección de Fiscalización e Interventoría del Ministerio observa que el 5 de mayo del mismo año *venció*

el período final de exploración y que el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. *no ha presentado los informes correspondientes*, como se puede ver a folio 25 del cuaderno No. 5.

"f) Con fecha 27 de septiembre de 1983, cuando habían transcurrido más de cuatro (4) meses del vencimiento del período final de exploración, el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., solicitó al Ministerio un plazo de noventa (90) días para presentar los informes a que estaba obligado, como se observa a folio 26 del cuaderno No. 5.

"g) Mediante resolución No. 002255 de octubre de 1983, el Ministerio niega la prórroga solicitada e impone al Consorcio demandante una multa, que debía ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la misma providencia, esto es, el 22 de noviembre de dicho año, *so pena de que se cancele la Licencia*" (El subrayado no es del texto. fols, 27 y 28 del cuaderno Nro. 5).

"h) La multa fue pagada el 1o. de febrero de 1984, es decir, con una mora superior a dos (2) meses (fl. 30 del cuaderno No. 5).

"Sin embargo, a pesar de la conminación, de las violaciones y de los incumplimientos en que incurrió el Consorcio demandante, la licencia no fue cancelada por el Ministerio de Minas y Energía.

"i) "No obstante el informe extemporáneo (7 de diciembre de 1987) sobre supuestos trabajos de exploración y la explicación, también a destiempo (27 de marzo de 1987), sobre la realización de trabajos en el área de la Licencia No. 3248 por las sociedades INCOLMINE LTDA. y CONSOL, consta en actas de inspecciones realizadas por el Inspector Menor de Policía del Salado (Norte de Santander), el 21 de julio de 1988, y por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcuta, con intervención de dos peritos y dos funcionarios del Ministerio, el 16 de septiembre del mismo año, que no se encontró ningún trabajo efectuado por el Consorcio Minero de Cúcuta, en la zona de la Licencia No. 3248". Fol. 6 del Cuad. No. 2).

"Los citados documentos se pueden ver a folios 56 y 57, 59 y 60 del cuaderno No. 5.

"j) "En suma, en las inspecciones realizadas a principios de 1987, mediados y finales de 1988, no se encontró trabajo alguno de exploración, explotación, alinderamiento y amojonamiento, efectuado por el mencionado Consorcio; tampoco el punto arcifinio, que es el que topográficamente se toma como el de partida para poder constatar un trabajo de alinderamiento y amojonamiento, ni siquiera los mojones ni las trochas que se debieron abrir para la colocación de aquellos y

que deben corresponder a un plano topográfico realizado con tal fin" (Fol. 6 del Cuaderno No. 2).

"Precisa anotar que el informe IP-068, de la sección de Estudios de Ingeniería, no desvirtúa lo que se ha reseñado sobre falta de amojonamiento, hasta mediados de 1988, a pesar de lo que se haya informado (letras a.–, b.–, c.–, i.–, fols. 5 a 7 del cuaderno No. 2, y letrs a.–, b.–, c.–, i.–, 1.–1.– de este capítulo), pues él corresponde a una visita efectuada entre el 17 y el 22 de julio de 1989, esto es, casi diez (10) meses después de que el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. presentó la demanda que dio origen a este proceso, lo cual sucedió el 13 de septiembre de 1988. Por eso la parte actora no pudo presentar dicha prueba con su demanda, ni hacer renuencia a ella.

"2.– Es cierto lo que se afirma como hecho No. 4, o sea, que el Ministerio de Minas y Energía, mediante resolución No. 001088 del *14 de junio de 1978*, hizo a CARBOCOL el aporte (No. 896) de una zona que comprende parte de los departamentos de Norte de Santander, Santander y Boyacá, cuyos linderos se especifican en la demanda.

"Pero es inexacto que el Ministerio, en el artículo tercero de la resolución No. 001088 de 1978 hubiera excluido expresamente, como se dice en la demanda (fol. 193 del cuaderno No. 1), el área de la licencia No. 3248, pues lo que establece textualmente dicha disposición es lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el Artículo Primero, las solicitudes de Propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, para explorar y explotar minerales continuarán su trámite legal. Las que se presenten con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende este aporte, serán rechazados por el Ministerio de Minas y Energía" (fl. 97 del cuaderno No. 1).

"3.– Es cierto lo afirmado en el numeral 5 de los hechos de la demanda en cuanto a las constancias expedidas por el Ministerio de Minas y Energía en el sentido de que INCOLMINE no tenía ningún derecho minero para la explotación de carbón ni lo estaba solicitando, y *sobre aporte a CARBOCOL de las zonas A.B. y C.*, con lo cual dicha entidad oficial y mi cliente se sintieron autorizados para celebrar los contratos 095 y 096 respecto de la primera y la última de ellas (Fols. 193 y 194 del Cuaderno No. 1).

"Pero se aclaró en la contestación de la demanda que del informe del ingeniero Larrota no se tuvieron noticias sino por la afirmación que hace la parte actora en dicho libelo.

"5. (sic) En lo que atañe al numeral 9, se dijo en la contestación de la demanda lo siguiente:

"Es cierto que el Gerente de INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA. INCOLMINE LTDA. envió a CARBOCOL, el 9 de marzo de 1988, una comunicación en la que manifiesta que renuncia "al área que en el contrato correspondiente a la Zona C se superpone a la Licencia No. 3248".

"Pero contrariamente a lo que afirma la parte actora, que aportó con la demanda copia de esta comunicación y que debió haberla leído, en ella dice el Gerente de Incolmine que hace esa renuncia "aún estando consciente de que me asiste pleno derecho legal sobre los contratos suscritos con ustedes, únicamente con el ánimo de propiciar un arreglo con el Ministerio de Minas y Energía".

"En lo que atañe al "otro sí" del contrato, éste fue firmado por las partes y el 21 de octubre de 1988 se pagó su publicación en el Diario Oficial". (Fls. 154 del cuaderno No. 1; 11, 29 y 30 del cuad. No. 2; 6 y 8 del cuad. No. 4).

"II.– OBSERVACIONES A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA.

"A. *Violación de los artículos 1o., letra a), de la ley 61 de 1979 y 244, letra b), del decreto 2477 de 1986.*

"Según la parte demandante, la citada disposición de la ley 61 de 1979 fue infringida por cuanto exceptúa del sistema del aporte las áreas de permisos, licencias o contratos de concesión otorgados con anterioridad a la vigencia de la misma. Por otra parte, afirma el actor que el precepto indicado del decreto 2477 de 1986 fue violado puesto que exceptuó del artículo 242 del mismo estatuto reglamentario "las áreas objeto de licencias de exploración de carbón cuya resolución de otorgamiento se hubiere proferido antes del 25 de enero de 1980".

"En la contestación de la demanda (fols 15 y 16 del cuaderno No. 2) se hizo la observación de que dichas disposiciones establecen que *no pueden ser aportadas las áreas a que ellas se refieren*; más, *no prohiben a las entidades beneficiarias celebrar contratos sobre las áreas que hubieran sido objeto de aporte.*

"Pero se hizo notar que el aporte a CARBOCOL es anterior a la ley y al decreto que se señalan como infringidos y, por consiguiente, las disposiciones invocadas en la demanda no pudieron ser quebrantadas.

"Quiere decir que las disposiciones que pudieron haber sido violadas, si acaso se vulneraron derechos del demandante, son las que entonces, en 1978, regulaban las licencias de exploración técnica y los aportes de yacimientos de carbón.

"Significa también y por consiguiente que si el aporte hecho en 1978 por el Ministerio a CARBOCOL desconoció total o parcialmente la licencia de exploración concedida a la firma demandante, ésta pudo defender los derechos que presuntamente tenía mediante la utilización del sistema de *oposición*, de conformidad con las normas entonces vigentes, y con posterior demanda ante el Consejo de Estado, en caso de una decisión administrativa desfavorable. Pero el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. dejó pasar la oportunidad para oponerse al aporte, total o parcialmente, y pedir, si era el caso, la nulidad de los actos administrativos sometidos al control jurisdiccional.

"Es equivocado lo que se dice en la demanda de que "si bien es cierto que el Aporte 896, otorgado por el Ministerio a CARBOCOL se ceñía al Decreto 1275 de 1970, vigente en esa época, y en especial los artículos 30, 161, 167 y 169 que establece el mecanismo y plazo para las oposiciones, estas no eran necesarias en este aporte porque el numeral 3o. de la resolución 002118 (Sic) del 14 de junio de 1978 que otorgó el mencionado derecho a CARBOCOL, expresamente excluida: "Las solicitudes de propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, para explorar y explotar minerales continuará su trámite legal. ...', por lo cual el área de la licencia 3248 "quedó excluida de la zona de Aporte 896" (fol. 197 del cuaderno No. 1).

"Es fácil advertir, como se anotó en la contestación de la demanda (fols. 7 y 8 del cuad. No. 2), que en los términos de la disposición antes transcrita *no se hace ninguna exclusión de área, ni de yacimientos.* Decir que "las solicitudes de Propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, para explorar y explotar minerales continuarán su trámite legal" no es hacer excepción y mucho menos expresa de zona alguna y concretamente de la correspondiente a la licencia No. 3248, concedida al Consorcio Minero de Cúcuta.

"Obsérvese, por otra parte, que el artículo primero de la resolución No. 001088 de 1978 hace aporte a CARBOCOL de *yacimientos de carbón* en una zona de 9.872.7054 Km^2, situada en jurisdicción de los departamentos de Norte de Santander, Santander y Boyacá, comprendida dentro de determinados vértices, y que el artículo tercero anteriormente transcrito, que, como ya se dijo, no hace exclusión alguna, dispone que continuarán su trámite legal las propuestas ya hechas para explorar y explotar *minerales, sin referirse específicamente al carbón.*

No hizo, pues, referencia a ningún yacimiento de carbón ni a zona carbonífera, *sino a propuestas sobre minerales en general* (fol. 97 del cuad. No. 1). Además, el mismo Ministerio certificó el 15 de noviembre de 1985 que las zonas A. B. y C. *"están totalmente incluidas dentro del área del aporte radicado bajo el No. 896, otorgado a la Empresa Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL"*, como lo reconoce la misma parte demandante; y mediante resolución No. 001589 del 12 de junio de 1987 aprobó los contratos celebrados entre Carbones de Colombia S.A. e INCOLMINE LTDA. para la explotación de las zonas A y C, *con lo cual se corrobora que para el Ministerio la resolución No. 001088 de 1978 no excluyó de manera alguna tales zonas del aporte que dicho organismo oficial hizo a CARBOCOL* (el subrayado es mío. Fols. 104 y 193 del cuaderno No. 1).

"No habiendo hecho la resolución No. 001088 del 14 de junio de 1978 exclusión, y mucho menos expresa, de zona o yacimiento de carbón y ni siquiera referencia a este mineral, contrariamente a lo que dice el Consorcio en su demanda, la oposición al aporte 896 sí era necesaria y aquél debió hacerla con fundamento en las disposiciones que cita en el capítulo intitulado "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION" (fl. 197 del cuaderno No. 1).

"Los contratos impugnados no pudieron violar las disposiciones que se señalan en la demanda como infringidas porque ellas no prohiben, como ya se indicó, que tales actos bilaterales se celebren respecto de áreas aportadas a una entidad oficial apta para ser titular de ese derecho. Dichos contratos no violaron ninguna disposición legal ni reglamentaria, pues se sujetaron a un acto administrativo vigente (la resolución No. 001088 de 1978) *no anulado ni suspendido* por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"El mismo Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., al interponer el recurso de reposición contra la resolución No. 001589 del 12 de junio de 1987, por medio de la cual se aprobaron, entre otros, los contratos impugnados, manifestó que el aporte No. 896, otorgado a favor de CARBOCOL por el Ministerio de Minas y Energía lesionó derechos suyos, *con lo cual reconoce que dicho organismo oficial, al hacer el aporte No. 896, no hizo exclusión, total o parcial, del área correspondiente a la licencia No. 3248.* De ahí que exprese su inconformidad, extemporáneamente, por el "otorgamiento por parte del Ministerio de Minas y Energía del Aporte 896 a favor de CARBOCOL en un área que incluye derecho legalmente constituidos, reconocidos y otorgados por ese Ministerio a favor de la Sociedad 'CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA.', correspondiente a la zona de la Licencia 3248" (fol. 139 del cuaderno No. 1). Como dije en la contestación de la demanda (fol. 20, cuaderno 2), esa manifestación implica *la aceptación de que los*

derechos que reclama el Consorcio no quedaron a salvo en la resolución que hizo el aporte a CARBOCOL.

"En suma, los actos impugnables para efectos de su anulación por el Consejo de Estado no son los contratos celebrados entre CARBOCOL e INCOLMINE, sino que debió ser atacado por el sistema de la *oposición* (artículo 169 del Decreto 1275 de 1970) el aporte hecho por el Ministerio de Minas y Energía a la entidad primeramente mencionada, y quedaba abierta la vía de lo contencioso administrativo si aquella, habiéndose presentado, hubiera sido declarada infundada.

"En sentencia del 19 de julio de 1979, aplicable a las controversias sobre aportes mineros, dijo el Consejo de Estado, por intermedio de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

"Como se expuso detalladamente en el auto inadmisorio del Consejero Sustanciador, los asuntos mineros tienen su procedimiento administrativo legalmente detallado, sin que puedan las partes cambiarlo o desconocerlo.

"Tratándose de un permiso minero, quien se crea con derecho a impugnar el concedido, no puede hacerlo sino a través de la *oposición formulada legalmente.*

"Cualquiera que sea la razón de la oposición, ... el procedimiento legalmente previsto le garantiza tanto al opositor como a la administración el control jurisdiccional de la decisión administrativa sobre la referida oposición" (Diccionario Jurídico, Tomo III, pág. 166).

"A este aspecto del litigio me refiero en el capítulo IV de la contestación de la demanda, bajo el título de "RAZONES PARA LA DEFENSA" (Folios 19 a 21 del cuaderno No. 2).

"b.– *Violación de los artículos 1502, 1519, 1521, ordinal 2o., y 1524 del Código Civil.*

"Según la demanda, "los contratos 095 y 096 que celebraron CARBOCOL E INCOLMINE carecen de valor jurídico porque desconocieron dos requisitos esenciales de todo contrato: el objeto lícito y la causa lícita".

"Para la apoderada del Consorio demandante los contratos están afectados de objeto ilícito porque "CARBOCOL al no ser titular de ningún derecho sobre el área de la Licencia 3248, no podía transferir a otra persona el Derecho y privilegio que mis poderdantes tienen para explo-

rar la zona de la licencia 3248". Y tienen causa ilícita "porque la ley 61 de 1979 expresamente lo prohibía y el Decreto 2477 de 1986, de acuerdo a los argumentos ya expuestos".

"En la contestación de la demanda (fols. 17 a 19 del cuaderno No. 2) se demostró cómo la parte demandante confunde derechos ajenos con derechos y privilegios intransferibles y la causa ilícita con el objeto ilícito, fuera de que ningún texto legal o reglamentario prohibe tales contratos, ni ellos contravienen al derecho de la Nación, ni el motivo que indujo a celebrarlos, conforme definición del artículo 1524 del Código Civil, es contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

"Sobre el supuesto objeto ilícito, cabría solo decir más explícitamente que ninguna norma legal o reglamentaria prohibe a CARBOCOL transferir los derechos mineros conferidos por aporte. Al contrario, las disposiciones entonces vigentes autorizaban a dicha entidad, como la facultan las que rigen actualmente, para transferir, mediante contrato, el derecho a explorar y explotar carbón mineral de propiedad nacional aportado a ella por el Ministerio de Minas y Energía (artículos 1o. de la ley 61 de 1979, 248 del decreto 2477 de 1986 y 98 del decreto extraordinario 2655 de 1988, actual Código de Minas).

"En cuanto a la ilicitud de la causa, que para la parte demandante estriba en una supuesta prohibición de tales contratos por disposiciones legales y reglamentarias que, por el contrario los autorizan, pero que de tener razón sería más bien un caso de objeto ilícito, según el artículo 1523 del Código Civil, se debe agregar solo que no se probó en el proceso que el fin perseguido, el motivo determinante de los contratos impugnados es contrario a las buenas costumbres o al orden público o contraviene una prohibición legal.

"Como tampoco está demostrado que los contratos cuya nulidad se solicita tienen objeto ilícito y, en general, que hubieran violado alguna disposición legal o reglamentaria.

"III.– EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA.

"En el capítulo V de la contestación de la demanda (fols. 21 y 22 del cuaderno No. 2) anoté que la parte actora omitió también la resolución No. 001589 de 1987, aprobatoria de los contratos impugnados (fol. 136 del cuaderno No. 1), la cual conforma con cada uno de ellos un acto administrativo complejo. Por eso propuse la excepción de inepta demanda.

"A lo dicho en ese capítulo de la contestación de la demanda sobre la ineptitud de ésta, precisa agregar lo siguiente:

"Tan consciente estaba el Consorcio de los efectos jurídicos de dicha resolución que interpuso contra ella recurso de reposición, en la sustentación del cual expresó su inconformidad tanto por no haberse excluido del aporte 896 las zonas que hacían parte del área cobijada por la licencia No. 3248, como por el hecho de "haberse proferido por parte del Ministerio de Minas y Energía la Resolución del 12 de junio /87, según la cual se aprueban los Contratos de pequeña y mediana Minería para explotación de carbón, celebrados entre CARBOCOL y la Sociedad INCOLMINE LTDA., ZONA A Y ZONA C, no obstante superponerse estos dos contratos sobre parte del área otorgada a la Compañía CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA., en el área de la licencia 3248" (fol. 139 cuaderno No. 1).

"La equivocación del Ministerio no exoneraba a la parte demandante de pedir conjuntamente la nulidad de los contratos impugnados y de la resolución aprobatoria de ellos, pues el artículo 243 del decreto 2477 de 1986 instituyó esa aprobación como un elemento de validez de tales actos, sin la cual, por consiguiente, no quedaban perfeccionados, al disponer: "Los contratos que se celebren con base en lo dispuesto en este artículo, serán sometidos a la aprobación del Ministerio de Minas y Energía".

"Así lo entendió el propio Ministerio al expresar en el oficio 01019 del 20 de enero de 1987, expedido por la Directora General de Asuntos Legales de dicho organismo oficia: "... En consecuencia, los contratos a que se refiere el artículo 248 del mencionado decreto (el 2477 de 1986) deben obtener la aprobación de este Ministerio so pena de no quedar *perfeccionados* (He subrayado. Fol. 37 del cuaderno No. 3).

"IV.– OBSERVACIONES A LAS PETICIONES DE LA DEMANDA Y PETICIONES.

"En el capítulo II de la contestación de la demanda (Fol. 12 del cuaderno No. 2) se hacen observaciones a las pretensiones de la parte actora en lo que respecta al No. 096, del cual se sustrajo, por voluntad de mi cliente, el área de superposición mediante un "otro sí" debidamente perfeccionado (fols. 6 y 8 del cuad. No. 4) y en cuanto a la solicitud de fijación de la indemnización de perjuicios.

"En el folio 23 del cuaderno No. 2 se pide a esa Corporación que haga un pronunciamiento inhibitorio por ineptitud de la demanda, conforme se demostró en el capítulo V de la respectiva contestación (fols. 21 y 22 del cuaderno No. 2), a lo cual se agrega lo expuesto en el capítulo III de este memorial.

"Subsidiariamente, para el caso de que no sea acogida la anterior petición, se solicita que se nieguen las peticiones de la demanda por las razones que se expresaron en el mismo escrito.

"Con fundamento en los argumentos expuestos en él y en este memorial, reitero a nombre de INCOLMINE LTDA. la petición principal y la subsidiaria, pues, por una parte, la demanda es inepta y, por otra, el demandante no demostró en el proceso que los contratos impugnados fueran contrarios a la ley y más bien quedó en claro que se sustentaron válidamente en un acto administrativo, el de aporte a CARBOCOL, respecto del cual no hizo oposición el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., ni fue él revocado, ni, como ya se dijo, anulado o suspendido por el Consejo de Estado".

III

ALEGATO PRESENTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE ACTORA

Dentro del término que le brindó, alegó de conclusión, para *EXPONER:*

"Los demandantes sintetizan sus argumentos de la defensa en los siguientes puntos:

"1.– Que se debió demandar al Ministerio de Minas y Energía, por haber aprobado, mediante resolución 001589 del 12 de junio de 1987, los contratos 095 y 096.

"Como bien lo dije en la demanda éste era un requisito simplemente formal y como el MINISTERIO lo expresó, al fallar el recurso de reposición que contra dicha resolución se interpuso, de la aprobación no dependía el perfeccionamiento de los contratos.

"El parágrafo del art. 248 del Decreto 2477 de 1986 dice que los contratos celebrado por CARBOCOL, serán sometidos a la aprobación por parte del MINISTERIO, de esta expresión no se deduce que su perfeccionamiento depende del MINISTERIO, y mal haría en decirlo, porque implicaría un desconocimiento total de la naturaleza, filosofía y razón de ser del aporte, que no es otra que la cesión de los derechos que tienen la NACION, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, sobre unos yacimientos en favor de una Empresa Estatal. Corrobora esta afirmación el art. 249 del Decreto 2477 de 1986, que debe ser analizado en coordinación con las otras normas, cuando afirma que las Entidades beneficiarias podrán establecer LIBREMENTE la oportunidad, duración y condiciones de los contratos, y esta LIBERTAD sería una simple ilusión si la Entidad aportante, requiera para el perfeccionamiento de

sus contratos el voto favorable del MINISTERIO. En consecuencia la decisión del MINISTERIO fue la correcta y por tanto su acto ajustado a la ley no era demandable.

"La pregunta que surge entonces ¿por qué la exigencia de la ley de la aprobación de los contratos por parte del MINISTERIO? Simplemente para que el aporte se cumpla dentro de las políticas generales y para el fin que fue adjudicado.

"A esta decisión se agrega la voluntad, por parte del MINISTERIO, de evitar, dentro de sus limitaciones, la celebración por parte de CARBOCOL de los contratos que carecían de validez, pues en varias comunicaciones, la directora general de asuntos legales del MINISTERIO le hizo saber a CARBOCOL la superposición existente, incluyéndole concepto técnico y plano descriptivo de la superposición, es claro entonces que si el MINISTERIO tubiera (sic) incidencia directa en la celebración de estos contratos, y no fuese éste un requisito simplemente formal, NO LOS HABRIA APROBADO, pero como no tenía una real incidencia, se limitó a hacer lo que dentro de sus facultades podía hacer, informar a CARBOCOL, para que ella dentro de su LIBERTAD, otorgada por el artículo 249, hechara (sic), para atrás estos contratos.

"No hay que olvidar que ésta es una acción contractual, y por tanto las partes son los directamente afectados, y los que celebraron el contrato, en dicha acción el Ministerio ni fue parte ni es directamente afectado, pues su pronunciamiento, que tiene carácter de acto administrativo, es demandable jurisdiccionalmente en acción de restablecimiento y no contractual. Hacerlo implicaría un desconocimiento de las normas procedimentales.

"2.– OPOSICION AL APORTE 896:

"Las oposiciones en materia minera eran un medio de defensa para que los explotadores de hecho o titulares de derechos mineros, hicieran valer sus derechos, si estos eran vulnerados por una solicitud posterior. En el caso del aporte 896, expresamente se respetaron los derechos adquiridos, al excluir las zonas objeto de solicitudes o propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia del aporte, en consecuencia no se estaba afectando ningún derecho, porque por el contrario éstos se estaban reconociendo y respetando, por tanto era inaplicable e inutil la oposición.

"3.– INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES CITADAS.

"Es de todos conocido que un acto o contrato, se rige por las normas al momento de su celebración, los contratos 095 y 096 fueron cele-

brados el 10 de noviembre de 1986, es decir, durante la vigencia del Decreto 2477 de 1986 y ley 61 de 1979, y las normas que expresamente consagran la situación fáctica son el Literal a, artículo 1o. de la ley 61 de 1979, artículo 244 del Código Civil que establece los principios que rigen toda clase de contratos.

"4.– LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS NO CARECEN NI DE OBJETO NI DE CAUSA LICITA.

"De acuerdo a los artículos 1519 del Código Civil es objeto ilícito todo lo que contraviene al Derecho Pública de la Nación, y el artículo 1521 del mismo código hay objeto ilícito en la enajenación de los derechos y jurisprudencialmente se ha entendido la enajenación como la transferencia del Derecho de una persona a otra, y esto supone la titularidad del derecho objeto de la transferencia, situación en la que no estaba CARBOCOL frente a la Licencia 3248, por tanto dicha acto (sic) de disposición carece de validez por carecer de objeto lícito.

"El artículo 1524 establece que no puede haber obligación sin causa real y lícita, entendiendo por causa ilícita la prohibida por la ley, y la ley que prohibía la celebración de los contratos 095 y 096 en áreas de licencias ya otorgadas, eran la Ley 61 de 1979 y el Decreto 2477 de 1986.

"Como bien ha quedado demostrado, no sólo por la documentación que con esta demanda presenté, por la afirmación de los mismos demandados acerca del desconocimiento del concepto del Dr. Larrota ingeniero del MINISTERIO, quien en su momento coneptuo (sic) acerca de la superposición con la licencia 3248, porque así lo manifestó la jefe de la división legal de minas del MINISTERIO a CARBOCOL, con ún plano descriptivo de la superposición, y finalmente con el dictamen pericial rendido para este proceso, y cuyo estudio confirmó en todos sus puntos, mis afirmaciones. Este dictamen no fue objetotodo (sic) por ninguna de las partes. (Cuaderno 4 folio 16 al 28, Folio 27, señala en rojo el área del contrato 095 y 096 que se superpone a la licencia 3248).

"5.– CADUCIDAD DE LA LICENCIA 3248:

"Para extinguirse un derecho minero se requiere un acto administrativo por parte del MINISTERIO que declare la caducidad, no habiéndose producido este acto la licencia continua vigente, como lo estaba al momento de la celebración de los contratos demandados, tampoco es el Consejo de Estado la Entidad competente para declarar la caducidad, y aunque esto es cierto, es importante aclarar algunos hechos

sobre este particular que no se han mostrado con la debida claridad por parte de los demandados:

"A.– Pretenden desconocer los demandados el concepto del 24 de agosto de 1987, por medio del cual se aprobó el amojonamiento de la Licencia 3248, y en la conclusión de la sección de estudios de ingeniería se estableció: "Los documentos técnicos referentes al amojonamiento del área de la Licencia 3248 están correctos y son técnicamente aceptable".

"B.– A pesar de este concepto, nuevamente le exigieron el amojonamiento y por segunda vez lo hizo mi poderdante, y fue aprobado por funcionarios del MINISTERIO, personas idóneas y competentes para dar este dictamen, y no un simple inspector de policía, que ni siquiera encontró el punto arcifinio, o punto de referencia que toda licencia sin excepción tiene que tener para identificar el área, pero que no ha de sorprender, pues su especialidad no es precisamente la ingeniería o topografía". (Fls. 241-245 Cdno. No. 1).

IV

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto de fondo, *OBSERVA:*

"Al folio 136 del C-1 aparece la Resolución 001589 del 12 de junio de 1987 del Ministerio de Minas y Energía en la que se dice:

"Revisados los contratos citados, se observa que fueron celebrados de conformidad con las autorizaciones legales y por tanto, no existiendo impedimento legal alguno, el Ministerio de Minas y Energía, dando aplicación al Parágrafo del artículo 248 del decreto 2477 de 1986,

"RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO.– Aprobar los contratos de pequeña y mediana explotación de carbón celebrados entre –CARBOCOL– y las sociedades INCOLMINE ZONA A, INCOLMINE ZONA C. ...".

"Cuando la parte interesada interpuso recurso contra la anterior resolución, la administración adujo, que la aprobación era un requisito meramente formal, pues de la aprobación no dependía el perfeccionamiento de los contratos. Consideró igualmente, que la Resolución 001589 de 12 de junio de 1987 no era susceptible de recurso alguno por ser un

acto de trámite, para concluir rechazando, por improcedente, el recurso de reposición. (ver Resolución No. 002813 de 6 de octubre de 1987, al folio 146 C–1).

"Como se puede apreciar del contenido de la Resolución 001589 de 1987, el Ministerio Sólamente revisaba las autorizaciones legales existentes para celebrar los contratos sometidos a su aprobación. Dando la impresión que realmente se trataba de un requisito más formal que de fondo, ya que los trámites del contrato se debían cumplir ante CARBOCOL, y el Ministerio, al parecer no tenía ninguna otra ingerencia en el asunto. Así lo indica la comunicación visible al folio 148 suscrita por la Directora General de Asuntos Legales y dirigida a CARBOCOL, que dice: "Esta entidad ha tenido conocimiento de que el área correspondiente al contrato celebrado entre CARBOCOL – y la sociedad Industrias Colombianas Minerarias –INCOLMINE LTDA.–, es objeto de la Licencia número 3248, otorgada por este Ministerio con anterioridad y por ende excluida del Aporte Número 896.

"Como podrían existir casos similares al anteriormente descrito, que devienen en litigios futuros y están en contra del programa de fomento a la pequeña y mediana minería, comedidamente me permito reiterarle que antes de que esa entidad proceda a la celebración de contratos de explotación de carbón, se informe previamente en este Ministerio sobre la situación jurídica de las áreas a contratar".

"Lo anterior nos demuestra, que una vez surgido el problema de la Superposición a que se refiere el presente caso, el Ministerio se percató de la necesidad de controlar e informarse a tiempo de las situaciones relacionadas y suprimió la aprobación posterior que hacía de los mismos. (Decreto 1179 de junio 26 de 1987).

"Tenemos pues que la aprobación que se venía haciendo de los contratos, por la superficial y mecánica de la misma y por las razones que la administración adujo cuando resolvió el recurso de reposición, no debe considerarse como parte primordial del contrato administrativo, ni requisito esencial para su validez, pues la norma que la estableció no le dio tal carácter.

"En consecuencia la Resolución 001589 de 1987 no constituye parte de los contratos administrativos que se demandaron, ni era necesario por tanto acusar esa resolución.

"Una de las partes opositoras afirma, que la Sociedad Actora ha debido acusar oportunamente la Resolución del Ministerio que otorgó el Aporte. Lo anterior es pedir o pretender un imposible pues si leemos la Resolución No. 1088 de 14 de junio de 1978, anexada al folio 96

C-1, aparte de que no especifica las zonas de manera clara, no fue notificada; en ella solamente se ordenó comunicar y cumplir.

"Los interesados no tuvieron en esa ocasión oportunidad de enterarse del problema. En el tiempo que siguió, ningún hecho les indicó lo sucedido, pues no obstante que el aporte se hizo en junio de 1978, la entrega de la zona se realizó en noviembre 8 de 1983 según resolución que aparece anexada al folio 98 C–1. Tampoco entonces se pudo enterar la Sociedad Actora, quien sólo se vio afectada con la celebración de los contratos de explotación que demanda en esta oportunidad.

"En el expediente abunda la prueba sobre la superposición de las zonas objeto de la licencia 3248 otorgada al Consorcio Minero de Cúcuta y los contratos administrativos 095 y 096 suscritos por CARBOCOL y la Sociedad Industrias Colombianas Minerarias Ltda., INCOLMINE LTDA.

"Desde antes de que se aprobaran los mencionados contratos ya el Ministerio tenía noticias de la Superposición de las zonas, como lo demuestra el informe de uno de sus funcionarios visible al folio 102 del C–1 y la constancia visible al folio 104 C–1.

"Al folio 142 C–1 aparece otro informe del Jefe de la División de Ingeniería y Proyectos de fecha septiembre 24 de 1987 señalando que los contratos se superponen a la mencionada licencia 3248.

"También se refiere a este mismo hecho la comunicación No. 014078 de julio 29 de 1987 anexada al folio 148 de C–1, suscrita por la Directora General de Asuntos Legales del Ministerio.

"Durante el trámite del proceso rindieron su dictamen los peritos nombrados para el efecto, el cual aparece anexado al folio 16 y siguientes del C–4. En las conclusiones se lee: "Existe una marcada superposición del contrato 095 o 95, llamado PRIMER PRESIDENTE o PRESIDENTE sobre el área de la licencia 3248, como puede verse en la Figura 2, zona coloreada en rojo. El área total superpuesta es de 217 hectáreas con 3890 metros cuadrados, polígono delimitado por los vértices P, 4, 3, R, N y P.

"2. Existe una superposición del contrato No. 096 o 96 denominado LOS CUROS sobre el área de la licencia 3248, como puede observarse en la Figura 2, zona coloreada en verde y delimitada por los vértices 3,X,Y,3. El área superpuesta es de 4 hectáreas con 9261 metros cuadrados".

"La demandante considera que los contratos acusados violan el art. 1o. de la Ley 61 de 1979. "Este artículo consagra que a partir de esta ley, la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la nación solo podrá hacerse mediante el sistema de Aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía e Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional que tengan entre sus objetivos dicha actividad, y posteriormente agrega, se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, leteral a) (sic) "Las áreas de Permisos, Licencias o Contratos de concesión otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley".

"La licencia 3248, estaba incluida dentro de los excepciones del literal a) del artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, transcrito anteriormente, porque la mencionada Licencia fue otorgada el 12 de abril de 1976 a la sociedad Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. mediante resolución número 001095 del Ministerio de Minas y Energía".

"La actora logró probar que era beneficiaria de la licencia 3248 desde abril de 1976 (ver –resolución al folio 42 C–1). Aunque la Sociedad Actora al parecer no cumplió con algunas exigencias, lo cierto y probado en el proceso es que ello sólo le acarreó una sanción pecuniaria, más nó la cancelación de la licencia. Lo que indica, que al firmarse los contratos que se demandan y al momento de presentar la demanda, el Consorcio Minero de Cúcuta tenía interés legítimo para accionar.

"A juicio de este Despacho, efectivamente la Ley 61 de 1979 al establecer el sistema de aportes a favor de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, estableció unas excepciones, respetando así las situaciones constituidas con anterioridad a la vigencia de dicha ley. En el caso que se estudia como ya se vio, el Consorcio Minero de Cúcuta tenía a su favor el derecho que le concedió la licencia 3248 otorgada por Resolución No. 001095 de abril 12 de 1976 para explorar y explotar un yacimiento de carbón ubicado en jurisdicción del municipio de Cúcuta, departamento de Santander.

"Los contratos 095 y 096 demandados, como quedó establecido, comprenden parte de la zona objeto de la licencia antes mencionada, zona ésta que no podía ser objeto de aporte, como se desprende de la Ley 61 de 1979 y de la misma resolución que otorgó el aporte cuando estableció:

"ARTICULO TERCERO.– No obstante lo dispuesto en el Artículo Primero, las solicitudes de propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de esta resolución, para explorar y explotar minerales continuarán su trámite legal. Las que se pretenden con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende este aporte, serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía". (fl. 97 C–1).

"El artículo anterior debe entenderse en su justo sentido, pues aunque utiliza el término "solicitudes", debe deducirse que si se refiere a éstas, con mayor razón a las licencias concedidas, pues a ellas precisamente se refirió la Ley 61 de 1979.

"La Resolución que otorgó el aporte, como ya se tuvo oportunidad de analizarlo, no hizo una relación pormenorizada de la zona que lo constituía, de ahí que resultare imposible saber en ese entonces cuáles licencias o permisos pudieron resultar afectados. Tan sólo cuando CARBOCOL celebró los contratos y señaló los linderos de la zona objeto de los mismos se hizo evidente la superposición de las zonas.

"En la demanda se dice que se violaron los artículos 1502 y 1519 del C.C., pues "Los contratos 095 y 096 que celebraron CARBOCOL e INCOLMINE carecen de valor jurídico porque desconocieron dos requisitos esenciales de todo contrato: el objeto lícito y la causa lícita.

"Hay objeto ilícito, de acuerdo al artículo 1519 del C.C. "... todo lo que contraviene el Derecho Público de la Nación". (fl. 166-67 C.1).

"Este Despacho entiende, que existiendo una ley que prohibía otorgar un aporte las zonas de terreno comprometidas con anterioridad en virtud de licencias, el contrato que así lo hizo está necesariamente viciado de objeto ilícito pues contravino el ordenamiento jurídico de la Nación.

"En la demanda se solicitó la indemnización de los perjuicios, sin especificarlos. Durante el trámite del proceso la Actora no se ocupó de su demostración, lo que implica que no habrá lugar a reconocerlos.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público considera, que los contratos acusados deben ser anulados, y así lo solicita a la Sala". (fls. 234 – 240 Cdno. No. 1).

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por Resolución No. 001095 de doce (12) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976), el Ministerio de Minas y Energía otorgó a la Sociedad "CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA.", la LICENCIA No. 3248, para la exploración técnica de un yacimiento de carbón,

ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, en una extensión de 3.360 hectáreas con 9.369 metros cuadrados, y dentro de los linderos que se precisan en el referido acto administrativo (C 1, Fol. 42);

SEGUNDA: Que por Resolución No. 001088 del 14 de junio de 1978, originaria del Ministerio de Minas y Energía, se otorgó de oficio, a título de APORTE, a la Empresa CARBONES DE COLOMBIA S.A. "CARBOCOL", "... los yacimientos de carbón existentes en una zona de 9.872. 705 K^2, situada en jurisdicción de los Departamentos de Norte de Santander, Santander y Boyacá", comprendida dentro de los linderos que en la misma se precisan. (C 1, fol. 96 y ss.ss.);

TERCERA: Que el día diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), CARBOCOL celebró con INCOLMINE, los contratos administrativos números 095 y 096, denominados de Pequeña Explotación Carbonífera, los cuales tienen por objeto "... la explotación por parte del contratista del carbón yacente en las ZONAS A (Mina "El Primer Presidente") y C, Mina "Los Curos", contratos que fueron aprobados por la Resolución No. 001589 de doce (12) de junio de 1987, originaria del Ministerio de Minas y Energía. (C 1, fol. 136);

CUARTA: Que contra la anterior resolución el apoderado en la LICENCIA No. 3248, en la cual es beneficiaria la Sociedad CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA., interpuso el recurso de reposición, alegando "... la superposición de los contratos que con la denominación de Zona A y Zona C realizó CARBOCOL con la sociedad INCOLMINE LTDA. ..." (C 1, fol. 138);

QUINTA: Que por Resolución No. 002813 de seis (6) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Ministerio de Minas y Energía rechazó por improcedente el anterior recurso de reposición;

SEXTA: Que según el informe rendido por el Jefe de División Ingeniería y Proyectos (C. 1, fol 142), es cierto que las áreas a que hacen referencia los contratos Nos. 095 y 096 "... *SE SUPERPONE A LA SOLICITUD DE LICENCIA No. 3248* ...". En el mismo sentido se pronunciaron los peritos que actuaron dentro del proceso cuando en lo pertinente de su trabajo expresan:

"SUPERPOSICIONES

"1.– Del contrato 095 PRIMER PRESIDENTE sobre la licencia 3248 (ver la figura 2 zona coloreada) y cuadro número 4. ... El área total del polígono superpuesto es de 217 hectáreas con 3890 metros cuadrados. Ver figura 2 zona coloreada en rojo. ...

"2.– Del Contrato 096 LOS CUROS sobre la licencia No. 3248. Ver figura 2 zona coloreada en verde y cuadro número 5. ... El área total del polígono superpuesto es de 4 hectáreas con 9261 metros cuadrados y constituye un triángulo delimitado por los vértices 3,X,Y,x, zona coloreada en verde de la Figura 2. ..." (C. 4, fol. 20).

B) A la luz del acervo probatorio anterior y del que sea menester valorar a lo largo de esta providencia, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, anticipando sí, que las pretensiones de la demanda serán denegadas, por las siguientes razones:

PRIMERA: Porque en el *sub-lite* es verdad probatorio que la LICENCIA No. 3248 se otorgó primero en el tiempo, esto es, el doce de abril de 1976, como también es cierto que el APORTE que se hizo a CARBOCOL sólo tuvo lugar el 14 de junio de 1978. Dentro de estas circunstancias se impone concluir que si el área entregada a CARBOCOL se SUPERPONIA a la que se alinda en la Licencia No. 3248, el titular de ésta ha debido defender su derecho por la vía de LA OPOSICION, como lo preceptuaba el artículo 169 del Decreto Reglamentario No. 1275 de 1970, en su artículo primero, que a la letra reza:

"Art. 169. Desde la expedición de la resolución que ordene las publicaciones o desde la presentación de la solicitud de aporte, hasta un mes después del cumplimiento de las formalidades de que trata el artículo 65, cualquier persona podrá formular ante el Ministerio de Minas y Petróleos, directamente o por medio de la Gobernación, Intendencia o Comisaria respectiva, OPOSICIONES acompañando las pruebas que la fundamenten. La Gobernación, Intendencia o Comisaría remitirá las diligencias al Ministerio dentro del término de ocho días.

"Las oposiciones se tramitarán y decidirán de acuerdo con las normas del Capítulo XIV de este Decreto".

A su turno el artículo 65 del mismo estatuto disponía:

"Art. 65. Un extracto de la solicitud se publicará a costa del interesado en el DIARIO OFICIAL. Este extracto o aviso tendrá las indicaciones que el Ministerio *estime necesarias para que los posibles interesados puedan identificar la zona facilmente.* También se anunciará la solicitud en el Municipio o Municipios de la ubicación de la zona, mediante cartel que se fijará en la Alcaldía o Alcaldías, por el término de un (1) mes, durante el cual se pregonará por bando en tres (3) días de concurso" (Subrayas de la Sala).

En estrecha armonía con la normatividad anterior el artículo 167 del mismo decreto reglamentario mandaba:

"Art. 167. Cuando el Ministerio haya decidido otorgar en aporte determinados yacimientos, ordenará hacer las publicaciones de que trata el artículo 65 de este Decreto. *En esa providencia se determinarán los linderos de la zona y los demás datos que permiten su identificación ...*" (Subrayas de la Sala).

SEGUNDA: Porque el actor dejó pasar la oportunidad de defender sus derechos subjetivos, por la vía de la OPOSICION, consolidándose así el derecho sobre el área en el titular del APORTE, el cual ya no puede controvertirse cuestionando los actos que él realice con miras a la exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales que se encuentren en la respectiva zona. En otras palabras, la finalidad de LA OPOSICION es la de que se respete el derecho del OPOSITOR, pero para lograrlo es necesario que se acuda al expediente que la ley tiene establecido para ello, pues no queda al arbitrio de los interesados desentenderse del asunto, para luego, con el correr de los meses y de los años, atacar por la vía de las nulidades los actos que el titular del APORTE celebra o realiza para que se logre el objeto del APORTE.

Agrégase a todo lo anterior que para casos como el que dio origen al presente conflicto de intereses la ley permite la EXCLUSION OFICIOSA. En este particular el Profesor José Luis Aramburo, enseña:

"Exclusión oficiosa: Debe tenerse en cuenta que tanto según el art. 270 del C. de N., como según la legislación anterior el Ministerio de Minas, oficiosamente o a solicitud de Persona interesada, puede eliminar cualquier superposición que se establezca sobre la extensión de un título vigente. Y esta facultad no tiene límite de tiempo. Es obvio que, desaparecida la posibilidad de que haya explotaciones de hecho que merezcan el amparo legal, la eliminación de cualquier superposición no ofrece ninguna discusión.

"De conformidad con el art. 271 del C. de N., los esplotadores de hecho no puede decirse que estén realizando una acción que sirva de causa a la adquisición de derechos legales. Es en todo caso una acción que podría dar lugar a una infracción penal y de todas maneras, ser de hecho desalojado de la mina. En este caso el minero no tendría más derecho que el de retirar todos los elementos vinculados a la explotación siempre que no pongan en peligro la estabilidad de las obras de minería.

"*LA OPORTUNIDAD DE RESOLVER LAS OPOSICIONES' SIEMPRE QUE ESTAS SE HAYAN PRESENTADO, EL OTORGAMIENTO DEL DERECHO SE RESOLVERA EN LA MISMA PROVIDENCIA.* En caso contrario, se decidirán a la mayor brevedad por resolución separada" (Curso de Derecho Minero. Tercera Edición – 1990, págs. 170 y 171). (Subrayas de la Sala).

C) Con la misma filosofía con la cual la Sala ha dicho que no es dable a quien acude a los tribunales "... trocar ni calificar *adlibitum* las especies jurídicas, como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretando aquellos que son lo suficientemente explícitos ..." pues "... el fraude a la ley no puede tener ningún pretexto ..." (Sentencia 23 de julio de 1970. Anales T. LXXXIV, nums. 437 – 438, Expediente No. 1446), se reitera ahora que, en la materia que se estudia, tampoco le es permitido a quien puede formular OPOSICION quedarse pasivo, inactivo, para luego, pasada la oportunidad legal para hacerlo, tratar de recuperar el tiempo perdido acudiendo a otros expediente como el de solicitar la nulidad absoluta de los contratos celebrados con terceros por el titular del APORTE. Realidades con el universo que tiene la que se recoge en el presente proceso, son las que llevan al Profesor Jesús González Pérez a enseñar:

> "Se incurre en fraude a la ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable". (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 25).

Por todo lo que se deja expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA—Desaparición

El CAI no es el sitio adecuado para mantener a un presunto delincuente. Cuestionable también resulta el proceder del agente cuando sin encontrarse en servicio, ni pertenecer al CAI, resuelve casi que por su propia cuenta, trasladar al capturado a las instalaciones de la policía judicial, como también resulta administrativamente irregular que quien comandaba el CAI hubiera permitido el traslado por parte de un agente que no se encontraba en servicio. La actuación del policía configuró una falla en el servicio, iniciada con el irregular procedimiento de captura, la retención en el CAI, la entrega al mencionado agente, la omisión de éste en dejar al aprehendido en poder de la policía judicial y su posterior desaparición hasta cuando dos días después fue encontrado sin vida.

AGENCIAS EN DERECHO—Improcedencia

Deberá confirmarse la negativa al reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de los honorarios que los actores deben cancelar al profesional que en este proceso representa sus intereses. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala, en no imponer condena por este concepto, dada la prohibición legal del artículo 392 del C. de P.C. de exigirle a la Nación la obligación de pagar agencias en derecho.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6552. Actor: Cenelia Ocampo y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

"1o.– Se declara administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – de la muerte de Pedro Luis Osorio García, ocurrida en este Municipio en diciembre de 1988.

"2o.– En consecuencia se condena en concreto a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – a pagar por concepto de perjuicios morales a Cenelia Ocampo de Zapata, identificada con C.C. No. 24.906.186 expedida en Pereira, el equivalente a mil gramos (1.000) oro; a María Consuelo Osorio Ocampo, con C.C. 42.067.028 de Pereira; a Pedro Luis Osorio Ocampo, con C.C. 10.100.798 de Pereira, y a María Jackeline Osorio Ocampo, con C.C. 42.093.224 de Pereira, el equivalente a mil gramos (1.000) oro para cada uno. Los valores de las condenas se determinará por el valor del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, valor que certifique el Banco de la República. Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses de mora.

"3o.– A la presente sentencia se dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y para su efectividad se enviará copia de la misma al respectivo Agente del Ministerio Público (art. 177 C.C.A.).

"4o.– Niéganse las demás súplicas de la demanda". (fols 255 y 256).

ANTECEDENTES PROCESALES

1o.– Las pretensiones.

Cenelia Ocampo, María Consuelo, Pedro Luis y María Jackeline Osorio Ocampo, la primera en su condición de compañera y los demás en su calidad de hijos extramatrimoniales de Pedro Luis Osorio García, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda contra la Nación Colombiana, representada por el Ministro de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"A). Condénese a LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional y Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a CENELIA OCAMPO (compañera), MARIA CONSUELO, PEDRO LUIS y MARIA JAQUELINE (sic) OSORIO OCAMPO (hijos) o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales, ocasionados con la muerte de su pariente el señor PEDRO

LUIS OSORIO GARCIA, capturado el día 3 de diciembre de 1988, por agentes de la Policía Nacional, y quien luego de ser sometido a cautiverio injustificado, fuera encontrado asesinado el día 5 de diciembre de 1988, en una manga ubicada por Pinares de San Martín, en perímetro urbano de la ciudad de Pereira, muerte atribuible a LA NACION COLOMBIANA por falla o falta en el Servicio o en la Administración. Estos perjuicios los presume el artículo 106 del Código Penal en el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino para cada uno de los reclamantes, de conformidad con la certificación que acerca del Precio Internacional del oro expida el Banco de la República.

"B). Condénese a LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional y Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a las personas indicadas en el literal a), los daños y perjuicios materiales concretados en el valor de los honorarios que, de acuerdo con la tarifa del Colegio Nacional de Abogados CONALBOS, deben pagarle al profesional del Derecho, aquí en Risaralda por hacer valer procesalmente sus derechos en los juicios a cuota *litis*. El pago de estos perjuicios, deben hacerse a las personas indicadas o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo.

"C). Condénese a LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional, y Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a las siguientes personas indicadas en el literal a), o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses aumentados con la variación promedio mensual, del Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde la fecha de la sentencia, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

"Todo pago se imputará primero a intereses. LA NACION COLOMBIANA, dará cumplimiento a la Sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C. Contencioso Administrativo". (Fols. 19 a 21).

2o.– Fundamentos de hecho.

Aparecen amplia y detalladamente relacionados en el libelo demandatorio, visible a folios 21 a 30 del expediente principal. Sin embargo, la Sala transcribe para efecto de esta providencia, la síntesis que de los mismos elaboró el *a-quo* en el fallo recurrido, (Fols. 238 y 239):

"El señor Pedro Luis Osorio García, salió de su residencia el día 3 de diciembre de 1988, en horas de la mañana, con el objeto determinado de comprar un alimento para pollos de su propiedad. Ese día fue observado por última vez por un amigo suyo y de su familia, señor Salvador

Campiño Arroyave, quien vio cuando era conducido y esposado por el Agente José Darmil Patiño Valencia al Cai No. 4 del Parque de la Libertad, procediendo a dar aviso a sus familiares.

"El Agente Patiño Valencia lo condujo de la Cra. 9a. entre calles 12 y 13, luego de requisarlo sin hallarle nada, a petición, al parecer, del ciudadano Juan de Jesús Guzmán González; una vez en el Cai hizo entrega del mismo al Comandante de Guardia, el Agente Hernando Castaño Orozco. En el Cai y debidamente esposado, el Comandante de Guardia, Hernando Castaño Orozco, entregó el retenido al Agente Alberto Guzmán González, hermano del presunto ofendido, Juan de Jesús González, quien en compañía del comandante del vehículo Panel No. 21 Silvio Cifuentes Villada, su conductor, Agente Justinico Avila Educardo y Agente Copete Prada Carlos, se dispuso su traslado a la Judicial, con el fin dizque de formularle denuncia al capturado, lugar al que nunca llegó. El 5 de diciembre de ese mismo año (1988) fue hallado sin vida el Sr. Osorio García, en una manga, ubicada por "Pinares de San Martín", en esta ciudad.

" "La autoría de la muerte de PEDRO LUIS OSORIO GARCIA, se la atribuye a los miembros de la Policía Nacional por las siguientes razones: Fue capturado por ellos, esposado debidamente y no fue puesto a disposición de autoridad competente alguna. Fue hallado sin vida el día 5 de diciembre de 1988, y practicado su levantamiento a las 2:30 de la tarde, o sea 50 horas después de haber sido capturado, sin que halla existido explicación alguna de parte de la Policía sobre tal hallazgo, pues no fue devuelto con vida a la sociedad por los mismos: y la última vez que se le vio con vida se hallaba en compañía de policiales. Tales manifestaciones encuentran respaldo incluso en el mismo agente, FRANCISCO RODRIGO RUIZ PEREA y el civil SALVADOR CAMPIÑO ARROYAVE, quienes lo vieron horas antes de aparecer muerto. La muerte se produjo el día 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose la responsabilidad de LA NACION COLOMBIANA por falla o falta en el servicio, incluso con los hallazgos del experto forense JAIRO GONZALEZ HENAO, quien recuenta los voluminosos daños causados al cuerpo del occiso PEDRO LUIS OSORIO GARCIA" ".

3o.– Actuación procesal.

Notificados el Ministro de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional y el Director General de la Policía, del auto admisorio de la demanda, por intermedio de apoderado solicitaron pruebas, las cuales, junto con las pedidas por la parte actora, fueron decretadas por auto que se encuentra a los folios 68 a 75 del cuaderno No. 1.

Agotado el término probatorio, se dispuso el respectivo traslado para que las partes alegaran la conclusión y así lo hicieron, la demandada, en

memorial de folios 213 a 217, en el cual propone "falta de legitimación en la causa por activa en razón a que en los registros civiles de nacimiento de Pedro Luis y María Jackeline Osorio Ocampo no aparece la diligencia de reconocimiento hecha por su padre y porque además "figuran como hijos legítimos, sin demostrarse con el registro civil de matrimonio de Pedro Luis Osorio y Gloria Cenelia Ocampo, tal calidad". La parte actora también alegó en escrito de folios 218 a 228 para insistir en el despacho favorable de sus pretensiones, conforme lo planteó inicialmente en su demanda.

En su concepto de fondo, el agente del Ministerio Público (Fls. 230 a 234), reclama negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que ante la ausencia de una "evidencia indiscutible o una suma de graves indicios de que un agente del Estado, en ejercicio de su cargo o con arma oficial, realizó el hecho dañino, no es procedente ni sano a los intereses de la equidad y de la justicia, deducirle responsabilidad aquiliana a la administración, la más poderosa de las personas jurídicas pero la más frágil e indefensa a la hora de ser juzgada" (Fol. 234).

4o.— La sentencia apelada. (Fols. 235 – 256).

Luego de hacer una confrontación probatoria y de resaltar las contradicciones en que incurrió el agente de policía Alberto Guzmán González, el Tribunal concluye que se dan en el caso examinado los tres elementos configurativos de la responsabilidad de la administración, como son: la falla o falta del servicio, el daño o perjuicio inferido a los demandantes y que el daño sea consecuencia del hecho imputable a la administración. El siguiente es el criterio del *a-quo* sobre el particular:

> "El primer elemento (Falla del servicio) consistió en el hecho de haber retenido al Sr. Osorio García en el Cai No. 4 y posteriormente haberlo entregado esposado al Agente Guzmán, con el fin de conducirlo en un carro de la Policía a las Oficinas de la Judicial. En esta Dependencia no fue recibido y después salieron de dichas Oficinas el Agente Guzmán con su hermano Juan y el retenido ya tantas veces nombrado y se dirigieron hacia el paraje de "La Julia" en un taxi. A los dos días fue encontrado muerto el Sr. Osorio García cerca a la Julia.
>
> "Dicha muerte trajo para la familia perjuicios morales y materiales (segundo elemento).
>
> "El daño fue consecuencia directa del hecho imputable a la Administración, relación de causalidad entre la falla y el perjuicio (tercer elemento).
>
> "Desde luego que no existe la prueba directa para afirmar que el Agente Guzmán le causó la muerte al Sr. Pedro Luis Osorio García, ella es

difícil de aportar por varias circunstancias que no son del caso enumerar. La prueba en este caso es indiciaria, pero suficiente para concluir que el autor de dicha muerte fue el Agente Guzmán, además existe la providencia del proceso disciplinario, en la cual se anota que fue separado en forma absoluta de la Institución.

"El H. Consejo de Estado ha dicho que si en un proceso disciplinario se afirma que ciertos hechos o circunstancias han sucedido, esos supuestos deben presumirse ciertos, a menos que dicha presunción sea desvirtuada legalmente.

"Los testimonios recibidos en el proceso disciplinario fueron ratificados en esta Sala, con el fin de abundar en pruebas, a pesar de no ser necesario.

"La administración con el objeto de exonerarse de responsabilidad no demostró ninguna de las causales, como son: fuerza mayor, hecho de la víctima, intervención de un tercero o culpa exclusiva del Agente público.

"La actuación ya comentada comprometió la responsabilidad de la Administración y trajo como consecuencia daños materiales y morales a la familia del fallecido". (Fols. 251 a 253).

Las apreciaciones anteriores son de aceptación para la Sala y por este aspecto habrá de confirmarse la decisión recurrida. En efecto, si bien es cierto, que básicamente la prueba es de indicios, como lo advierte el Tribunal, y que al respecto erróneamente la demandada afirma "que no es la prueba indiciaria la que exige el Legislador Colombiano para dictar una sentencia condenatoria de la trasendencia (sic) de la que estoy recurriendo, sino, la *prueba plena y legal* que demuestre la responsabilidad administrativa de la Nación. Para que no quede duda sobre la legalidad de la sentencia proferida". (Fol. 286), la conclusión a que conducen las pruebas recaudadas no es otra que la de imputarle a la administración la responsabilidad de la misma en el deceso violento de Osorio García.

Para la Sala resulta jurídicamente inaceptable la afirmación anterior que pretende desconocer el mérito demostrativo de la prueba indiciaria, entendiéndola como insuficiente para adquirir la calidad de plena o total. Tal interpretación sin duda alguna va en contravía de claros principios probatorios, por cuanto la plenitud probatoria no le está asignada exclusiva o taxativamente a determinado medio de prueba, sino que aquella puede resultar o de una sola prueba, o del total de pruebas recaudadas y sometidas a la valoración crítica del fallador. Basta con leer el artículo 175 del C. de P. C., para entender que "sirven como pruebas", los distintos medios allí relacionados,

entre los cuales se encuentran "*los indicios* y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez", precepto éste directamente vinculado con el artículo 187 del mismo ordenamiento, según el cual "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ...", vale decir, que el juzgador al decidir no lo hace orientado exclusivamente por la valoración legal de un determinado medio probatorio, como tampoco guiado por su libre convicción, sino que puede analizar la prueba recaudada con arreglo a la sana razón, de una parte, y de otra, ajustándose al conocimiento y experiencia del diario devenir de los acontecimientos.

Dimana de lo anterior el desacierto crítico del recurrente, el cual se hace más evidente al pretender la disminución probatoria del indicio como medio de convicción para el fallador. No desconoce la Sala que en torno de la importancia de este medio probatorio la doctrina nacional y extranjera no es unánime, algunos le han otorgado la condición de prueba de "segundo grado", por cuanto se apoya en los demás medios probatorios. Para otros la prueba indiciaria asume un carácter subsidiario, de suplencia, cuando en el proceso no se da la demostración directa. Otra parte de la doctrina, por el contrario, no desconoce el valor probatorio del indicio, y resaltan su condición objetiva y fáctica, frente a la cual no se corren los peligros inherentes a la condición humana de algunos testigos, por ejemplo; otros destacan los avances científicos que permiten hechos indicadores muy confiables, y de alteración humana muy improbable.

Ahora bien, la Sala encuentra debidamente acreditado:

1o.– El fallecimiento de Pedro Luis Osorio García, con el Registro Civil de Defunción (Fol. 11 C. 1); el acta de levantamiento del cadáver (Fol. 26 C. 3) y el acta de necropsia (Fols 130 – 132 C.2).

2o.– La condición de agente de la Policía Nacional de Alberto Guzmán Gonzáles, con el Extracto de su Hoja de Vida (Fol. 115 C. 3); Acta de Posesión (Fol. 105 C. 1); y constancia de Jefe de Personal del Departamento de Policía de Risaralda (Fl. 117 C. 3).

3o.– La separación en forma absoluta del agente Carlos Alberto Guzmán González por mala conducta, con la constancia de la Sección de Personal de la Policía Nacional en Risaralda (Fl. 106 C. 1); el concepto del oficial investigador (Fls. 151 a 159); y la decisión del Director General de la Policía que dispuso la separación absoluta del agente aludido. (Fls. 136-140. C.3).

4o.– La aprehensión de Pedro Luis Osorio García por el agente Guzmán González, con los testimonios de Salvador Campiño Arroyave (Fls. 186 y 187 C. 1); del sargento de la Policía Nacional Silvio Cifuentes Villada quien los trasladó en el carro-patrulla a la sede de la Policía Judicial de Pe-

reira; del agente Educardo Justinico Avila, conductor del vehículo Panel 021 en que se movilizaron hacia la Policía Judicial; quien declara que "yo los ví subir las escalas y entrar a la judicial, no se si allí lo dejarían o nó, él quedó ahí" (Fol. 191 C. 1); del agente José Darmil Patiño Valencia quien fue el primero en retener al hoy occiso Osorio García y lo dejó a órdenes del CAI No. 4 del parque La Libertad de Pereira.

5o.– El traslado de Osorio García, esposado, hacia las instalaciones de Policía Judicial, además de las declaraciones anteriores, con los testimonios del agente Hernando Castaño Orozco (Fol. 112 C. 1); del agente Carlos Arturo Copete Prada (Fls. 142 y 143 C. 1).

6o.– El no ingreso o no retención del occiso en la Policía Judicial, con la comunicación del Comando de Policía de Risaralda (Fol. 161 C. 1), según el cual "no se encontró constancia alguna sobre denuncia en contra del occiso ...; como de su retención o captura".

7o.– Las versiones contradictorias rendidas por el agente Alberto Guzmán González, con la simple comparación de su dicho frente al de otros declarantes, inclusive miembros de la Policía Nacional. Destacan, entre otras, su negativa inicial de haber concurrido el 3 de diciembre de 1988 al CAI No. 4, con el objeto de llevar al detenido Osorio García a la Policía Judicial; lo dejó en libertad, sin conocer el rumbo que tomó. El agente dice que se fue hacia la finca de sus padres en la vereda la Argentina, sin encontrar confirmación plena ni siquiera en la declaración de su propio hermano.

Los hechos demostrados permiten concluir que el occiso Osorio García sí fue retenido o capturado inicialmente por el Agente Darmil Patiño Valencia a instancia del hermano del agente Guzmán González, quien lo acusaba de su participación en el hurto de $20.000.oo. Este policial dejó a disposición del CAI No. 4 al retenido, mientras llegaba el denunciante y su hermano para tratar de conseguir el dinero hurtado. En este comportamiento encuentra la Sala una irregularidad, pues el CAI no es el sitio adecuado para mantener a un presunto delincuente y además el hecho de ser la supuesta víctima hermano de un agente de Policía, no le otorga legalmente tratamiento de espera irregular que se le dio en el aludido CAI.

Cuestionable también resulta el proceder del agente Guzmán cuando sin encontrarse en servicio, ni pertenecer al CAI, resuelve, casi que por su propia cuenta, trasladar al capturado a las instalaciones de la Policía Judicial, como también resulta administrativamente irregular que quien comandaba el CAI aludido hubiera permitido el traslado por parte de un agente que no se encontraba de servicio.

También resulta administrativamente reprochable que el comandante del carro patrulla hubiese dejado en manos de un agente fuera de servicio y

personalmente vinculado e interesado en los hechos que originaron la captura, el traslado de "su" capturado a la Policía Judicial.

En este momento, se rompe o resquebraja el itinerario de por sí irregular que cumplieron el agente Guzmán, su hermano y la víctima. Si el interés único que movía al Agente mencionado era el de entregarlo a la Policía Judicial para que se hiciera la correspondiente investigación, ¿por qué no lo hizo? Su explicación no la acepta la Sala, como no la aceptó el *a-quo*, ni las autoridades administrativas que conocieron estas diligencias, porque francamente carecen de respaldo en la lógica, el sentido común y en el proceso. Al contrario, su relato lleno de vacíos está contradicho por quien en la Policía Judicial debía recibir el informe, la denuncia y el retenido. Sobre ninguno de éstos hay prueba testimonial o escrita que respalde a Guzmán González.

Esa imposibilidad física, lógica y procesal de aclarar lo sucedido por parte del policial Guzmán González a partir de su arribo a Policía Judicial, no fue superada. En cambio la prueba testimonial conduce a comprometer gravemente su actuación administrativa. Precisamente ello originó la máxima sanción disciplinaria como fue su separación absoluta de la Policía Nacional, por infracción al Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, "en su Título III., Capítulo I., Artículo 124 y Capítulo II., Artículo 125, Literales a) y b), consistente en ser señalado por familiares del occiso PEDRO LUIS OSORIO GARCIA como responsable de la muerte del mismo y a través de las diligencias adelantadas no logra desvirtuar los hechos que lo vinculan y lo hacen aparecer como autor de los mismos, mientras que sí se allegaron las pruebas necesarias para comprobar que encontrándose en traje de civil y en uso de vacaciones trasladó al retenido con destino a la Judicial pero sin dejarlo allí, desapareciendo desde ese momento hasta que fue hallado muerto en área urbana de esta ciudad", como textualmente lo consignó el oficial encargado de la investigación disciplinaria. (Fol. 159 C. 1).

Son pues plurales los hechos indicadores de la responsabilidad administrativa en la muerte de Osorio García, a manos o con intervención del agente de la Policía Nacional Guzmán González. Se destacan entre estos, la oportunidad para la ejecución del hecho, pues se encontraba a disposición del agente y de su hermano, prácticamente desde su captura, hasta el último momento en que se lo vio con vida; el móvil para ejecutarlo bien puede encontrarse en el afán de recuperar el dinero que le había sido hurtado a su hermano; la mala justificación y contradictoria explicación de sus actuaciones, no sólo ante la propia administración, sino ante la justicia penal; su comportamiento evasivo, displicente e irresponsable asumido con posterioridad al descubrimiento del cadáver de Osorio García, conducen a la Sala a tener por establecido que la actuación del policial mencionado configuró una falla o falta en el servicio, iniciada con el irregular procedimiento de captura, la retención en el CAI, la entrega al agente Guzmán, la omisión de éste en

dejar al aprehendido en poder de la Policía Judicial y su posterior desaparición hasta cuando dos días después fue encontrado sin vida.

Viene a propósito lo dicho por el Consejo de Estado, en caso semejante, no idéntico, al *sub-júdice*:

> " "... Ha dicho esta Sala que todo detenido merece respeto en su integridad moral y física. Ninguna sindicación delictual por monstruosa que sea (y aquí era una simple 'información no constatada') autoriza la tortura o la pena de muerte. Este proceso y otros que se han estudiado por la Corporación parecen dar a entender que el artículo 29 de la Carta, que en forma declamatoria prohibe la pena capital, fuera una simple declaración retórica. Este proceso duele y hace pensar que la otra norma de la Constitución, la que habla de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, puede llegar a ser simple letra muerte. Se dice, sin prueba seria, que el señor Mirando era guerrillero. Pues bien, aceptando que lo fuera, ya estaba detenido, se le podía juzgar y aplicar la pena correspondiente. ¿Por qué no se hizo así? ¿De dónde surgió el 'derecho' a torturarlo?. La autoridad no puede salirse de los cauces trazados por la Constitución y la ley. Su fuerza moral está en ese respeto. Y ese respeto es lo que la distingue de la delincuencia, llámese eufemísticamente 'guerrilla' por los medios de comunicación o política ... (Sección Tercera, Sentencia diciembre 6/88, Exp. 5187, Jurisprudencia y Doctrina 1989, pág. 132" ".

De las razones hasta aquí expresadas deduce la Sala el acierto del Tribunal al declarar la responsabilidad de la administración, pues, como se vio, además de la falla en el servicio, se produjeron perjuicios por lo menos de orden moral, originados y causados precisamente con la falla referida.

Con relación a los perjuicios derivados del fallecimiento de Osorio García, deberá confirmarse también la negativa al reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de los honorarios que los actores deben cancelar al profesional que en este proceso representa sus intereses. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala, en no imponer condena por este concepto, dada la prohibición legal del artículo 392 del C. de P.C., de exigirle a la Nación la obligación de pagar agencias en derecho.

Respecto de los perjuicios morales reclamados en favor de la compañera e hijos del occiso Osorio García, y que el Tribunal reconoció en equivalencia en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno, considera la Sala que fue atinada la decisión del *a-quo* y por tal razón se debe confirmar. En efecto, testimonialmente se acreditó que entre el occiso, su compañera y sus hijos, se integraba un ejemplar grupo de familia y que a su violento falleci-

miento estas personas resultaron muy afectadas sentimentalmente, porque además del vínculo familiar, todos vivían en la misma residencia. Esta convivencia, de otra parte, era de muchos años y caracterizada por los mejores sentimientos de afecto y cariño filial. Se explica así el derecho de los actores al reconocimiento indemnizatorio mencionado, cuyos fundamentos de hecho se ajustan a los principios básicos sobre los cuales la Sala ha autorizado la indemnización de orden moral (Fls. 162 a 170).

Sobre las críticas formuladas por la parte demandada acerca de la legitimación en la causa por activa en relación con María Jackeline y Pedro Luis Osorio Ocampo, en cuyos registros de nacimiento no aparece en forma expresa su reconocimiento como hijos por parte de su difunto padre, como sí figura en el de María Consuelo Osorio Ocampo, la Sala encuentra que efectivamente en los aludidos registros, cuyas copias obran a folios 13, 15 y 17, sólo en el primero de ellos aparece la expresa manifestación de Pedro Osorio García de reconocer como su hija natural a María Consuelo Osorio Ocampo. En los otros registros no se hizo tal manifestación. Empero, en estos últimos figura como declarante o denunciante el señor Pedro Osorio García, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.345.916 de Pereira, con rasgos caligráficos similares a los del primer registro y con idéntico número en la cédula de ciudadanía, de donde se infiere que el occiso al hacer la denuncia del nacimiento, estaba tácitamente reconociendo su paternidad. Lo anterior se respalda además en las disposiciones pertinentes del Decreto 1260 de 1970, en especial los artículos 53, 54 y 57 de tal estatuto.

Por las razones expresadas la Sala no comparte la solicitud de revocatoria del fallo recurrido, formulada en su concepto de fondo por la señora Agente del Ministerio Público.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 18 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/OBLIGACION DE MEDIO

La falla del servicio médico no implica una obligación de resultado, sino de medio. En el *sub-lite* esa obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que el servicio de maternidad del hospital no funcionó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado (embarazo) requería y que sus condiciones morfológicas mostraban. No es disculpa la gran cantidad de casos que allí se atienden precisamente porque su especialidad impone mejores técnicas y una infraestructura de servicio más completa.

PERJUICIOS MORALES–Tasación

Se reconocen perjuicios morales por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la actora por lo que en la demanda se denomina "daños fisiológicos", los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo. La Sala estima, en su arbitrio, que por ese concepto la indemnización deberá ser equivalente en pesos colombianos a 1.800 gramos oro.

CONDENA EN COSTAS–Improcedencia/PERJUICIOS MATERIALES–Inexistencia

Los gastos del pleito no se han aceptado como perjuicios materiales y se reitera esta negativa ante la imposibilidad de condenar en costas a la entidad pública. Ordinariamente las pretensiones se estiman dejando de lado ese rubro; de tal manera que el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho de la administración se entiende con prescindencia de los gastos de la *litis*.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C. febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6477.– Indemnizaciones. Actor: Mariana Barazzutti Chiapolino.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de octubre de 1990, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, orientadas a la declaración de responsabilidad del Hospital General del Municipio de Medellín (Clínica de Maternidad del Municipio de Medellín) y a la condena consecuencial por todos los daños y perjuicios sufridos por las demandantes, Mariana Barazzutti Ch. y Vanessa Idarraga B., causados "con el parto practicado (a la primera) y llevado a cabo por el médico cirujano Doctor Leonardo Gómez".

En el libelo se precisa la condena pretendida, no solo por perjuicios morales y materiales, sino por daños fisiológicos y daños en la vida conyugal de la mencionada señora.

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

Que la señora Barazzutti Ch. "acudió al Hospital General de Medellín con el objeto de que fuera atendida en parto, lo que ocurrió el 28 de enero de 1986.

"Luego del parto empezó a sentir una serie de anomalías, tales como: La falta de control en su defecación y en los gases.

"Consultó al médico del ISS, Jorge León Fernández Henao, quién anotó el 6 de junio de 1986 que por el hecho de no quedar limpia después de la defecación, ni controlar los gases, se les estaban creando problemas de constipación y dispareunia, sin que aparentara existir fístula. Dos días despúes anotó que quedó ojal en orquilla vulvar y esfinter anal átono, desgarro grado IV con compromiso del esfinter anal; que la paciente manifestó problema de estreñimiento y temor a practicar relaciones sexuales. Fue remitida a Ginecología: de los exámenes se concluyó que el parto le causó desgarro perineal grado IV, quedándole además fístula recto-vaginal; para corregir los daños se requirieron las siguientes intervenciones quirúrgicas:

"Fístula rectovaginal (septiembre de 1986) Fístula perineal baja (febrero de 1987). Preparación del colon (no reparación, fol 41), con trasplante del músculo recto interno del muslo derecho, para reconstrucción del esfinter anal (abril de 1987). En mayo 7 de 1987 el Doctor Jaime Piedrahita Echeverry advierte que los próximos embarazos deben ser atendidos mediante cesárea. Además sufrió graves daños sicológicos.

"Afirma que se presentó falla en el servicio, por negligencia del médico Leonardo Gómez, porque ingresó al hospital en las horas de la tarde y el parto se presentó a las 10 p.m.".

Para tomar la decisión denegatoria, el *a-quo* analizó en primer término la caducidad de la acción propuesta y estimó que la demanda había sido oportuna.

Frente a la falla del servicio concluyó que ésta no se había probado en forma adecuada, porque: "el desgarre sufrido por la señora Barazzutti es una complicación de parto que puede obedecer a distintas circunstancias como la edad de la paciente, la elasticidad de sus tejidos, las medidas del feto, de su cabeza, un periné corto, prolongación de la episiotomía mediana, poca colaboración de la paciente; por el solo hecho de toser o tratar de toser durante el período expulsivo, etc.

"Como se dejó relacionado, la demandante era *primigestante* y tenía vagina estrecha".

También se basa el *a-quo* en el dictámen pericial y en el concepto del señor fiscal primero de la corporación. De esa vista, cabe destacar:

"Si la Sala considera que procede un fallo de fondo, nos permitimos anotar: De los exámenes médicos, testimonios calificados y dictamen, se desprende con claridad que son verdaderas las lesiones fisiológicas y traumatismos psicológicos producidos por las secuelas anómalas del parto en la demandante. Sin embargo, cuando uno de los declarantes, el Doctor Adolfo Betancur Arango afirma que tales percances como el desgarre perineal no pueden ocurrir sino por deficiencia en la atención médica (fls. 149); otros, incluyendo los peritos, opinan que de lo ocurrido a la señora Barazzutti no se puede deducir con certeza culpa alguna al médico que asistió el parto por cuanto los desgarres son eventos de común ocurrencia, que pueden deberse a la estructura anatómica propia o peculiar de ciertas pacientes de maternidad y también a la concurrencia de otros factores anexos tales como la rigidez que presentan los órganos no estrictamente de las primerizas sino referidas a la edad de éstas".

Descontenta la parte actora, apeló. Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal séptima de la corporación la sentencia recurrida merece ser confirmada en su totalidad. De esa opinión fiscal se destaca:

"Dentro del presente informativo estima esta Agencia del Ministerio Público que el doctor LEONARDO GOMEZ, atendió a la señora Barazzutti en el alumbramiento que conllevó obviamente intervención quirúrgica, probó fehacientemente haber actuado con el cuidado y diligencia debidos.

"La Fiscalía hace la anterior aseveración, con base en las siguientes premisas:

"Frente a actividades médicas u hospitalarias por ejemplo la falla del servicio no puede ni debe asimilarse al daño sufrido por el paciente, ya que sería antagónico el concepto de la falla en sentido material con falla en sentido jurídico. Insólito seríaa apreciar que, cada vez que un paciente fallece bajo la observancia médica, cabría alegar falla en el servicio, porque la muerte lo que nos está indicando es una difución en la humanidad del paciente, pero nunca, falla de quien ha ofrecido y prestado el servicio médico.

"La intervención médica sobre los pacientes es aleatoria, el médico cumple su ejercicio a su leal saber y entender, observando cuidado diligencia y atención, pero jamás, puede asegurar de manera contundente el resultado, se compromete a hacer lo que esté a su alcance pero nunca a obtener tal o cual resultado específico. Por una parte porque siempre existe un riesgo de no poder curar al paciente y de otro, porque ese mismo riesgo se acrecienta con el tratamiento, drogas, complicaciones, etc.

"Como principio general tenemos que los riesgos terapéuticos sean corridos por quien se somete al tratamiento, ya que lo contrario sería atentar contra la actividad médica, al controvertirse en profesión que por lo mismo sería impracticable. Porque el médico tiene que encararse con fuerzas naturales para tratar de sacar adelante a un paciente.

"Cobran vigencia en este punto los argumentos esbozados por NANCY ESTELLA ZAPATA MORA, enfermera auxiliar del Hospital General de Medellín, al referirse a la atención del doctor LEONARDO GOMEZ, para atender los casos que le corresponden: "... Es hasta cansón con los cuidados de las pacientes porque a uno le exige mucho en el cuidado de las pacientes, es muy responsable, eso me parece a mí. ..." (fls. 163 a 165).

"Considera la Fiscalía entonces, que del bagaje probatorio arrimado, amén de los dictámenes presentados por los peritos, que lo ocurrido

lamentablemente a la señora BARAZZUTTI, no puede traducirse de manera alguna, en culpa alguna para el médico que le asistió el parto a los desgarres y complicaciones posteriores, son de común ocurrencia y tienen múltiples motivos, entre ellos la estructura anatómica de la paciente, a la rigidez de los órganos por la edad, etc. etc.".

Las partes también se hicieron presentes en el debate con sus alegaciones. A folios 240 y siguientes opera el memorial de sustentación del recurso presentado por la actora. A folios 250 y siguientes figura el escrito del municipio demandado.

Estudiado el expediente se llega a la conclusión de que la sentencia del *a-quo* deberá revocarse.

Formalmente, y un tanto a la ligera, el *a-quo* concluyó que el acervo probatorio daba a entender que no se había establecido de manera incontrovertible la falla del servicio y menos la relación causal entre el comportamiento de los servidores públicos adscritos a la entidad de salud demandada y los serios perjuicios sufridos por la señora Barazzutti en su integridad física y salud general.

La sala no hace suya esta perspectiva, porque se dejaron por fuera del análisis probatorio ciertos indicios que concatenados entre sí permiten una certeza adecuada para tomar la decisión revocatoria que contendrá este fallo.

No debe olvidarse que en asuntos como el aquí tratado no puede pretenderse que las pruebas muestren una verdad matemática o una conclusión silogística no sujeta a error. Tal ha sido el pensamiento de la sala, expuesto entre otros en el fallo de septiembre 13 de 1991 (Proceso 6253 Mélida Inés Domínguez Ponente Carlos Betancur Jaramillo), de la siguiente manera:

"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 Betancurt 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 éstos deben ser resarcidos.

También pone de presente la sala que al revocar la decisión del *a-quo* no está partiendo del supuesto que la obligación médica implica una obligación de resultado. No, es una obligación medio, tal como ha tenido oportunidad de afirmarlo en varias sentencias y en especial en la de octubre 7 de 1991, en la cual esta misma sala anotó:

"La sala al confirmar la decisión del *a-quo* quiere recalcar, para evitar equívocos, que cuando cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, vbgr. que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, la obligación de este frente a su paciente es de medio; vale decir, que este cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer". (Proceso No. 6367 Actor: Fabrio Buriticá Valencia Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

En el caso *sub-júdice* se puso en evidencia que esa obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que el servicio de maternidad del Hospital General de Medellín no funcionó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se le hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado requería y que sus condiciones morfológicas mostraban. No es disculpa la gran cantidad de casos que allí se atiende, precisamente porque su especialidad impone mejores técnicas y una infraestructura de servicio más completa.

Muestran los autos:

a) Que la paciente ingresó al centro hospitalario el día 28 de enero de 1986, para la atención de su parto, con varias horas de antelación.

b) Que lo hizo buscando un centro especializado porque también tenía derecho a ser asistida en el I.S.S.

c) Que después del parto empezó a sentir una serie de anomalías, tales como falta de control en su defecación y en los gases, las que desembocaron en problemas de constipación y dispareunia; ojal en horquilla vulvar y esfinter anal átono; desgarro perineal grado IV con compromiso de dicho esfinter; y fístula recto vaginal.

d) Que para corregir tales anomalías debió someterse a una serie de intervenciones quirúrgicas así: en septiembre de 1986 se le operó la fístula recto vaginal; en febrero de 1987 la fístula perineal y allí mismo se le programó la reconstrucción del esfinter anal; en abril de 1987 se reparó el colon y se le hizo transplante del músculo recto interno del muslo derecho, con lo cual se le reconstruyó el citado esfinter.

Lo hasta aquí historiado tiene respaldo en el expediente y permite preguntar: ¿Falló el servicio médico prestado por el Hospital o pese a todos los esfuerzos, precauciones y cuidados, las anomalías narradas tenían que presentarse? La sala responde que sí hubo falla de la administración y que esta falla tuvo una clara relación causal con los perjuicios sufridos por la demandante. Además, que el comportamiento médico no fue el más adecuado ni el más científico. ¿Por qué se le sometió a parto vaginal, si todo daba a entender, en especial por la estrechez en su vagina y por el hecho de ser primigestante, que el parto debía ser por cesárea?

Existen dentro del expediente testimonios médicos que así lo dan a entender. Unos, enfáticos en señalar el descuido en el manejo de la paciente (Doctores Adolfo León Betancurt Arango a folios 148 y siguientes, Jorge León Fernández Henao, a folios 150 y siguientes); y otros, un poco más parcos, que enuncian los daños sufridos por la paciente, aunque tratan de encontrarles justificación en un tanto intrascendente.

En este orden de ideas se observa:

Para el Doctor Adolfo León Betancurt A. médico cirugano, adscrito al Servicio Seccional de Salud, quien tuvo oportunidad de practicar un dictámen médico anterior y anticipado a la señora Barazzutti, al preguntársele si ese tipo de lesiones, como las sufridas por esta señora se deben a conducta médica negligente o imprudente, contestó:

> "Las lesiones que sufrió esta paciente con ocasión de su parto, únicamente se producen en condiciones o como *consecuencia de inasistencia oportuna y adecuada de parte del médico, por lo siguiente:* Este tipo de lesiones únicamente ocurre en el período del parto denominado "el expulsivo" que es el período que dura ordinariamente menos de media hora, antes del parto, esa sería la última media hora antes del parto; en casos excepcionales podría durar más de media hora, tal vez unos tres cuartos de hora, caso en el cual se habla de expulsivo prolongado. Por el conocimiento que tuve de la historia de esta paciente, ella se internó en el Hospital General de Medellín varias horas antes del parto, de donde se infiere que su trabajo de parto debió de haber sido asistido, esto es vigilado, por el personal destinado para ello; no necesariamente es el personal médico el destinado a esto, sino también el personal paramédico. *Quiero ratificar que este tipo de lesiones se presentan*

cuando no se asumen las conductas médicas adecuadas para prevenirlas, como por ejemplo la episiotomía oportuna y la reparación subsiguiente de ésta. (subrayas fuera de texto).

El Doctor Jorge León Fernández H. médico general al servicio de ISS, al preguntársele por las causas del desgarramiento sufrido por la paciente durante el parto, y el alcance de la complicación presentada, respondió:

"El desgarro vaginal durante un parto se produce por una fuerza mal hecha, *posiblemente debido a una episiotomía corta, no suficiente, básicamente por eso se produce.* Quiero aclarar una cosa: Episiotomía es la sección de tejidos a nivel vaginal para ampliar el canal del parto. Ahora: Muchos ginecólogos cortan el esfínter anal como parte de la episiotomía y reconstruyen el esfinter; cuando hay un desgarro fue que se fue el esfínter; *corrijo: cuando hay un desgarro grado 4o. hay compromiso con el esfínter y posiblemente no fue reconstruido durante la episiotomía.* PREUNTADO: ¿El desgarre es una técnica normal en determinadas pacientes que a la hora del parto tienen dificultades para expulsar el feto? RESPONDIO: *No, es una técnica normal, es una complicación.* PREGUNTADO: ¿es de alguna ocurrencia la complicación a que Ud. se refiere? RESPONDIO: Si es de alguna ocurrencia, porcentaje no lo sé. *El desgarro siempre se presenta cuando hay una complicación.* Normalmente no debe ocurrir cuando hay una buena atención del parto. PREGUNTADO: ¿Pero aún con una buena atención del parto, determinadas circunstancias tornan inevitable la complicación aún dándosele a la paciente un tratamiento adecuado? RESPONDIO: *Pues realmente no, yo no creo que debe ocurrir un desgarro, si hay una atención excelente, una buena atención a la paciente. Pero un caso excepcional.*" (Subrayas fuera de texto).

El Doctor Jaime Piedrahita es más parco en su declaración pero sí da cuenta de los trastornos sufridos por la señora Barazzutti. Al respecto dijo:

"PREGUNTADO: Sírvase decirnos, en resumen, ¿qué daños o lesiones observó Ud. en la paciente Mariana Barazzutti? RESPONDIO: Sí, la paciente me fue enviada por una fístula perianal, la cual se corrigió con cirugía ambulatoria, pero durante la intervención pude apreciar que fuera de la patología expuesta, tenía una lesión del esfínter anal lo cual le producía una incontinencia fecal. PREGUNTADO: Díganos, dados sus conocimientos médicos, esa lesión del esfínter anal, ¿a qué se debió? RESPONDIO: Pues, por la historia, se debió a un desgarre durante un parto, no sé las circunstancias del parto, sino por la historia. PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE ACCIONANTE: Sírvase manifestar ¿en qué consiste un desgarro perianal, perdón perineal, grado 4o. RESPONDIO: Es un desgarro que compromete todos

los planos de tejidos en el periné incluyendo el esfínter anal. PREGUNTADO: Díganos doctor, si al decir que la primera intervención quirúrgica que se le practicó a la señora Barazzutti observó que no tenía esfínter anal, es porque el problema que ella presentaba es intermitente. Porque en la consulta no expresa que ella no tenía esfínter anal, es porque el problema que ella presentaba es intermitente. ¿Por qué en la consulta no expresa que ella no tenía esfínter anal? RESPONDIO: Sí, yo precisamente en la intervención de la fístula perianal en la cual me di cuenta que el problema mayor de ella no era la fístula perianal sino la lesión del esfínter, a ella se había programado para una operación ambulatoria pero en vista de la magnitud de la lesión y de que la intervención que ella necesitaba era una cirugía mayor, se reprogramó: PREUNTADO: Sírvase explicar ¿en qué consiste una fístula rectovaginal? RESPONDIO: Una fístula es una comunicación entre el recto y la vagina, lesión que en el momento que yo la veía, no la tenía la paciente. PREGUNTADO: La anterior fístula ¿por qué razón se produjo, esto es la recto vaginal? RESPONDIO: Son múltiples las causas pero una de ellas pudo haber sido el desgarre aunque puede producirse por otras causas como por ejemplo abscesos perineales. PREGUNTADO: ¿En qué consiste una fístula perianal baja y a raíz de qué se produce? RESPONDIO: Una fístula perianal, como su nombre lo indica, está al rededor del ano y que puede o no llegar hasta la mucosa anal; generalmente se debe a infecciones perianales. PREGUNTADO: ¿Por qué razón se le practicó a la señora Barazzutti reparación de colon, corrijo transacción del músculo recto-interno del muslo? RESPONDIO: Para hacerle una reconstrucción del esfínter anal. PREGUNTADO: ¿Por qué manifiesta Ud. en la hoja de vólución de mayo 7 de 1987, que en caso de próximos embarazos no debe intentarse trabajo de parto y se debe preparar cesárea? RESPONDIO: Porque con la cirugía que se le hizo, interposición del músculo recto-interno del muslo, se practica una plaxtia del esfínter que podría ponerse en peligro en caso de una tención de otro parto que podría provocar otro desgarro. PREGUNTADO: ¿Las fístulas y la falta del esfínter anal en la señora Barazzutti son consecuencias del desgarro que se produjo en el parto? RESPONDIO: Sí es así. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si tres mil cien gramos de peso en una criatura ¿cómo es considerado por Ud? RESPONDIO: Me parece a mí que es un peso normal".

El Doctor Leonardo Alberto Gómez H., quien según la demanda atendió el parto, ni siquiera se acuerda haber atendido a la señora Barazzutti, pero acepta que una de las causas del desgarro sufrido por ésta pudo ser "una prolongación de la episiotomía mediana "que, según la historia clínica, él mismo practicó.

Al preguntársele a ese respecto, respondió:

"Es indicación para la atención de un parto en una primigestante o secundigestante y algunas multíparas, practicar este tipo de incisión perineal y yo siempre practico episiotomía mediana por los beneficios que tiene ya que es más anatómica, con mejor proceso de cicatrización y sangra menos y disminuye la posibilidad de secuelas (Se agrega una hoja en donde el señor médico hace un gráfico de las distintias episiotomías). En ocasiones este tipo de episiotomía mediana es prolongada comprometiendo el esfínter anal por el mismo médico o las fuerzas de distensión y expulsión de la cabeza fetal. PREGUNTADO: ¿Por qué cuando practicó la episiotomía comprometió el esfínter anal? RESPONDIO: Recordarlo yo en este momento, me es imposible, puede ser por una de las causas que antes describí al inicio de la diligencia o de mi exposición. PPREGUNTADO: En la hoja clínica, obrante a folios 69 vuelto, hay una constancia que dice: Esfínter anal atómico, mejor átomo, con fístula rectovaginal perianal, corrección bajo anestesia general. ¿Recuerda que esto le hubiera sucedido a la señora Barazzutti? RESPONDIO: Yo nunca creo que esto le pueda pasar a un paciente que yo atiendo porque, pues, conozco mi trabajo".

El dictamen médico practicado dentro del proceso (a folios 188 y siguientes) también da pie para pensar que el tratamiento dado a la paciente durante el parto no fue el más adecuado y también permite conocer cuál fue la situación post parto que presentó la mencionada paciente. Al contestar el cuestionario del folio 4, los peritos dictaminan:

"RESPUESTA A PREGUNTA DEL FOLIO 4

"Pregunta: Sí hubo desgarro perineal
1

"Pregunta: Hubo desgarro grado IV
2

"Pregunta: Sí, como consecuencia del desgarro quedó fístula recto
3 vaginal.

"Pregunta: Para corregir la fístula rectovaginal se le hizo plastia esfin-
4 terperineal.

"Pregunta: Luego de la anterior cirugía presentó fístula perineal
5

"Pregunta: Para corregir la fístula perianal se le practicó resección en
6 cuña de la misma.

"Pregunta 7: Después de un desgarro perineal grado IV es posible se haga dehiscente el esfínter anal.

"Pregunta 8: Se hizo plastia por transposición del músculo recto del muslo.

"Pregunta 9: No se hizo *"reparación"* del cólon sino *"preparación"*, la cual consiste en una limpieza rigurosa del mismo y uso de antibióticos cuando se va a realizar una operación en el ano.

"Pregunta 10: Se hizo transposición del músculo recto del muslo derecho para reparación anatómica y funcional del esfínter anal.

"Pregunta 11: Se reconstruyó el esfínter anal con transposición del músculo recto del muslo derecho.

"Pregunta 12: Se requiere fisioterapia para lograr la rehabilitación de la actividad y tonicidad muscular de toda la región ano-recto-perineal previamente comprometida, y lograr la continencia fecal.

"Pregunta 13: En caso de próximos embarazos, no se recomienda a la paciente parto por vía vaginal, porque el desgarro Grado IV ya sufrido y las secuelas ya mencionadas (fístulas y plastias repetidas), no garantizan una *"restitutio ad integrum"* de la anatomía y de la función.

"Pregunta 14: Igual respuesta a la pregunta 13".

Visto todo lo anterior y concatenadas las distintas pruebas, se concluye:

a) Que la señora Barazzutti entró al centro de maternidad en buenas condiciones físicas y con varias horas de antelación al parto.

b) Que no se le dio un tratamiento cuidadoso, oportuno y adecuado para el parto, dadas sus condiciones especiales.

c) Que se le practicó episiotomía en la vagina para ampliar el canal de parto.

d) Que esta sección de tejidos no resultó técnica ni adecuada, comprometiendo el esfínter el que no fue reconstruido durante la episiotomía (ver declaración del Doctor Fernández H. (a folio 151).

e) Que esta conducta produjo las demás secuelas, que fueron reparadas quirúrgicamente con posterioridad.

En las condiciones anotadas, cabe concluir que se dio la falla del servicio y que ésta produjo perjuicios de orden moral a la demandante, señora Mariana Barazzutti Ch.

Se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzutti por lo que en la demanda se denomina "daños fisiológicos", los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo.

De allí que la sala estime, en su arbitrio, que por ese concepto la indemnización deberá ser equivalente en pesos colombianos a 1.800 gramos oro.

No se incluye en la condena lo que la señora Barazzutti pudo gastar de su propio peculio para la recuperación de su salud (perjuicios materiales), porque en este extremo existe un evidente vacío probatorio. Pero, además, todo da a entender que los daños sufridos durante el proceso de parto fueron reparados, hasta donde fue posible, por el Seguro Social.

Los daños en la vida conyugal de la pareja Idárraga Barazzutti no pueden evaluarse en forma independiente, porque el proceso no presenta elementos de juicio suficientes para ese efecto. Con todo, esos daños, que se desprenden del expediente, sí pueden tenerse como un factor agravante del perjuicio sufrido por las demandantes.

Los gastos del pleito no se han aceptado como perjuicios materiales y la sala reitera esta negativa ante la imposibilidad de condenar en costas a la entidad pública. Ordinariamente las pretensiones se estiman dejando de lado ese rubro; de tal manera que el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho de la administración se entiende con prescindencia de los gastos de la *litis*.

En tales condiciones y dado el viacrucis vivido por la señora demandante, la condena por perjuicios morales será equivalente a 1.800 gramos oro.

Para la hija de la señora Barazzutti, Vanessa Idárraga B., la condena por este mismo concepto será equivalente a 700 gramos. Se hace esta condena por las especiales condiciones que vivió su madre y por la ruina del hogar conyugal que la privó de la atención y el cuidado de su padre, quien, parece, no resistió convivir con su cónyuge en esas condiciones de salud.

Finalmente, se anota: la excepción de caducidad fue bien estudiada por el Tribunal y se acoge en esta oportunidad la argumentación hecha por el *a-quo* en torno a la misma. Las excepciones de causa extraña y culpa de la víctima no resultaron demostradas; antes, por el contrario, el expediente muestra otra realidad diferente que deja sin piso la defensa de la entidad pública.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 17 de octubre de 1990 dictada por el Tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar:

Declárase administrativamente responsable al Hospital General de Medellín. (Clínica de Maternidad del Municipio de Medellín) de los perjuicios causados a la señora Mariana Barazzutti y a su hija Vanessa Idárraga Barazzutti por los hechos narrados en la demanda.

En consecuencia, condénasele a pagar, por concepto de perjuicios morales en su equivalente en pesos colombianos las siguientes cantidades en gramos oro: 1.800 gramos oro para la señora Barazzutti Ch. y 700 para la niña Vanessa Idárraga Barazzutti.

El valor del gramo oro (precio nacional) lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha 13 de febrero de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA–Custodia

Tratándose de un día festivo en una población con propensión a la violencia, lo normal era que las dependencias policivas estuviesen dotadas adecuadamente, en personal y equipo, para controlar emergencias como la que se presentó; sin embargo, las cosas no se presentaron de esa manera; los equipos de comunicación no funcionaban; esa irregularidad impidió el envío oportuno de refuerzos. El Estado está en la obligación de responder por las personas que ha capturado y que permanecen bajo su custodia; con ese propósito, el servicio de policía ha de estar dotado de tal manera que quienes, por cualquier razón, hayan sido retenidos por él, puedan confiar en la protección de su vida y de su integridad personal.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Referencia: Expediente No. 6303. Actor: Luis Carlos Arévalo Mendoza.

La no aprobación de la ponencia presentada originalmente a la Sala, determinó la elaboración de una nueva; sin embargo, de la ponencia original se toma, casi en su totalidad, la primera parte relativa a la narración de los antecedentes del proceso.

Hecha esta advertencia, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de mayo de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las súplicas que se formularon en la demanda de la siguiente manera:

"PRIMERA.– DECLARAR que la Nación Colombiana es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados al niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA como consecuencia de la muerte violenta de su padre JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO, ocurrida por linchamiento en el municipio de Tenerife (Magdalena) el 17 de agosto de 1986 cuando se hallaba privado de la libertad custodiado por personal en servicio activo de la Policía Nacional.

"SEGUNDA.– Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la Nación a pagar al niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA lo que a continuación se expresa:

"a) El equivalente en moneda legal colombiana a un mil gramos de oro en la fecha del fallo como compensación por el daño moral que le ocasionó la muerte violenta de su padre.

"b) La suma de veintidos mil quinientos pesos moneda corriente ($22.500.oo M/C) mensuales o la que resulte probada en el proceso pericialmente desde el 17 de agosto de 1986 hasta cuando el niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA cumpla la mayoría de edad, o sea hasta el 10 de febrero del año 2.000.

"c) Los incrementos sobre la suma que resulte del literal anterior teniendo en cuenta el aumento de los índices de precios al consumidor calculados desde el 17 de agosto de 1986 hasta el 10 de febrero del año 2.000.

"d) Los intereses corrientes aumentados con el incremento promedio que hayan tenido los índices de precios al consumidor, sobre el valor total de las condenas que resulten a favor del niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA desde la fecha en que el fallo deba cumplirse, hasta cuando el pago se realice.

"TERCERA.– La Nación proveerá lo conducente al pago de las condenas, en el término prescrito por el artículo 176 del C.C.A."

Los hechos narrados muestran que el ciudadano JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO fue muerto violentamente por linchamiento, el día 17 de agosto de 1986 en el perímetro urbano de Tenerife cuando, después de haberse entregado a la Policía, fue sacado por un grupo enardecido de personas de la celda donde se encontraba, eliminándolo en forma brutal.

"La muerte le sobrevino a consecuencia de puñaladas y golpes, que determinaron el aplastamiento del cráneo con exposición de masa encefálica y salida de vísceras.

"La causa mediata de lo acontecido lo halla la demanda en la negligencia del cuerpo armado policivo, que pese a contar con suficientes agentes y armamento, no obró con la diligencia necesaria para evitar el linchamiento.

"El señor JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO nacido en Algarrobo, Fundación, el 17 de julio de 1956; era un hombre sano, sin antecedentes penales; se desempeñaba como conductor de la Gerencia del Terminal Marítimo de Santa Marta, con promedio salarial superior a $90.000.oo; hacía vida marital, en unión libre, con ALBA MENDOZA DELGADO; y con ella procreó al niño LUIS CARLOS, nacido el 10 de febrero de 1982, a cuya subsistencia atendía".

El Tribunal, luego de cumplir el trámite de rigor, decidió denegar las súplicas de la demanda por cuanto "faltando el elemento hecho dañoso generador del perjuicio imputable a persona pública, a la Policía, porque su actuación estuvo ajustada a las normas que rigen el empleo de las armas y porque dadas las limitaciones de medios y de persona prestó la atención que estuvo a su alcance, la falla del servicio no existe; y, por lo mismo, no hay causa para atender a la indemnización pedida".

Descontenta la parte actora, interpuso apelación. Cumplido el trámite de la instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la Señora Fiscal Segunda de la Corporación, Doctora Edné Cohen, la sentencia merece ser confirmada en todas sus partes.

Así, en su vista de 14 de febrero de 1991 (folios 211 y siguientes) sostiene:

"Esta agencia del Ministerio Público, considera acertados los juicios raciocinios hechos por el Tribunal.

"La forma como se sucedieron los hechos, nos indica claramente que la fuerza de los particulares y la superioridad numérica de la multitud enardecida fue mayor a la actividad desplegada por los agentes de la Policía. Estos para evitar una tragedia mayor se abstuvieron de utilizar la fuerza en forma directa contra la muchedumbre. Se sabe, pues así lo señalan los testigos, que la Policía hizo disparos al aire para disolver el grupo numeroso de personas que en forma enfurecida buscaba al culpable. Los hechos, como lo destaca la sentencia, se sucedieron de manera rápida e inesperada, de suerte que no permitieron obrar de otra manera. Las circunstancias que señala la parte actora como constitutiva también de la falla del servicio, como la falta de comunicación radial, la falta de vehículos para salir a pedir ayuda etc. no constituyen elementos determinantes de la muerte del sujeto Juan de Dios Arévalo.

Sobre las circunstancias que rodearon el lamentable suceso, se podría especular y edificar toda una serie de hipótesis y probabilidades; pero resulta, que lo que debe analizarse es la forma en que se desarrollaron los hechos para concluír como acertadamente lo dice el Tribunal, que en el presente caso, no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado".

Por su lado, la parte actora en su alegato de sustentación considera que la causa *petendi* alegada en la demanda continúa en pie, en vista de que la argumentación no fue rebatida por el *a-quo*. Insiste en que las autoridades no le brindaron la protección debida al detenido Juan de Dios Arévalo Chiquillo, quien momentos antes había dado muerte a un ciudadano. Que esta falta de protección conforma o evidencia una falla del servicio por incumplimiento del mandato constitucional a cargo de las autoridades de velar por la vida de las personas residentes en Colombia. Afirma que la autoridad bien pudo evitar el incidente mediante el uso de las armas. Considera que la falla estuvo bien probada y que la autoridad no pidió oportunamente los refuerzos al pueblo vecino y que cuando éstos llegaron ya habían transcurrido más de cinco horas y ya estaba consumada la tragedia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia de primera instancia será revocada por la Sala; en efecto, los presupuestos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado están suficientemente acreditados en el proceso, a saber, la falla del servicio imputable a la Policía Nacional, el perjuicio sufrido por el actor y el nexo causal entre éste y aquélla.

A) El 17 de agosto de 1986 en el Municipio de Tenerife (Magdalena) murió, de manera violenta, JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO; su muerte, según lo certifica el Instituto Nacional de Medicina Forense de Barranquilla, ocurrió por "aplastamiento de los huesos del cráneo".

B) Las circunstancias que rodearon el hecho se pueden sintetizar en las siguientes:

1. Siendo aproximadamente las 9 de la noche del 17 de agosto del año indicado, día festivo, AREVALO CHIQUILLO dio muerte a un habitante del lugar llamado ALFONSO RAFAEL DEL PORTILLO en la caseta "Las Tapas".

2. Varias personas reaccionaron e iniciaron la persecución del agresor quien fue capturado por la Policía, y, por orden del Comandante de la Subestación, recluido en el calabozo del municipio.

3. Los moradores de la población comenzaron a aglomerarse frente al edificio de la Alcaldía Municipal, donde funcionaba también el Cuartel de

Policía y el calabozo del Municipio (ver el plano que obra a folio 81 del expediente), hasta convertirse en una multitud amenazante que exigía la entrega del capturado para lincharlo.

4. Fue imposible solicitar, oportunamente, refuerzos al Municipio de Plato, por dos razones:

– Los equipos de comunicación puestos al servicio de la Policía estaban dañados.

– El funcionario de Telecom negó el "favor" que le solicitaba el Comandante de la Subestación para realizar la comunicación telefónica.

5. En vista de las circunstancias, los siete miembros de la Policía integrantes de la Subestación de Tenerife (fl. 14), dedicaron sus esfuerzos a impedir que la turba penetrara en el Cuartel, luego de la infructuosa labor de convicción adelantada por su Comandante; dicha tarea los obligó a recluirse en las instalaciones del Cuartel de Policía, sobre todo después de que el Agente MARIANO MORALES GALARCIO fue herido con una piedra, y de ellas salieron únicamente cuando llegaron los refuerzos de Plato, alrededor de las 2 A.M., cuando ya la turbamulta había desaparecido.

6. Fue fácil, entonces, que los amotinados rompieran la puerta de la Alcaldía, llegarán hasta el calabozo y sacaran de él y le dieran muerte a AREVALO CHIQUILLO.

C) La totalidad de los testimonios de los Agentes de Policía que intervinieron en la acción dan cuenta de estos hechos; con todo, es conveniente registrar los apartes pertinentes de los medios de prueba que condujeron a la Sala a deducir las anteriores conclusiones:

El Comandante de la Subestación rindió su informe al día siguiente de los hechos; en él dejó consignado que "siendo aproximadamente las 21:30 horas del día 17-08-86, fuy (sic) informado por varios ciudadanos, que en la Kazeta (sic) las Tapas de este Municipio, había sido muerto un ciudadano; de inmediato me dirigí al lugar ya mencionado, en compañía de los Agentes CRISTANCHO CASTRO LUIS y MURILLO GUTIERREZ HERNAN y cuando había caminado aproximadamente dos cuadras, me encontré con un grupo de personas que venían destino a la Subestación de Policía y en la parte de adelante venía un señor golpeado y ensangrentado, recibiendo golpes con piedras, botellas, garrotes y también venían haciendo disparos con arma de fuego. Yo de inmediato con los Agentes procedía a prestarle la colaboración para evitar que lo siguieran torturando y la cantidad de gente seguía en la acción; ya el señor golpeado lo conducí hasta la Subestación, se lo entregué al AG. CHICAIZA FELIPE COLON, que se encontraba de Coman-

dante de Guardia, para que lo asegurara en el Calabozo y momentos seguidos se aglomeraron aproximadamente unas 1.600 personas entre hombres y mujeres, armados de machetes, piedras, garrotes, botellas y armas de fuego; lanzando varios objetos a las Instalaciones de la Sub-Estación, haciéndonos acuartelar en el mencionado resinto y otra cantidad de gente se dedicaba a destruir las instalaciones del Palacio Municipal y todos los objetos que allí se encontraban, violentaron todas las puertas y penetraron a la parte donde se encuentra ubicado el Calabozo, violentaron el candado y la puerta y sacaron al señor que se encontraba retenido en ese lugar, causándole la muerte en forma violenta, con armas cortantes, piedras, garrotes y botellas; dejando el cadáver frente a las Instalaciones de la Sub-Estación.

"En esos mismos momentos fuimos atacados el personal de la Sub-Estación, con piedras, botellas, machetes, garrotes, tubos de hierro y armas de fuego; habiendo la necesidad de que el personal de la Policía también hiciera disparos con sus armas de dotación oficial al aire, para tratar de intimidar al público, pero fue imposible y en esos momentos cuando el pueblo estaba disparando y lanzando toda clase de objetos, resultó una persona muerta en la multitud y también le causaron con un (sic) piedra heridas en la parte frontal al AG. MORALES GALARCIO MARIANO, golpes en diferentes partes del cuerpo al suscrito y al Agente CHICAIZA FELIPE COLON de este caso hubo la necesidad de que el Agente herido, se saltara por la parte de atrás del Cuartel y se dirigiera por sus propios medios hasta el Hospital de Plato para que recibiera los primeros auxilios y a la ves (sic) informara o solicitara el respectivo refuerzo a la Base del Distrito.

"El hecho se ocasionó debido a que el ciudadano que se encontraba retenido en el Calabozo, a las 21:00 le causó la muerte en forma instantánea, en la Kazeta (sic) las Tapas de este Municipio, al ciudadano que en vida respondía al nombre de ALFONSO DEL PORTILLO CERVANTE, natural de Tenerife, de 36 años de edad, casado, indocumentado, hijo de Mario y María, residenciado en Plato Magd. de profesión comerciante; el cual presentaba un impacto de arma de fuego, al parecer revólver, a la altura de la tetilla izquierda; móviles discusiones políticas.

"La persona que fue sacada en forma violenta del calabozo y muerta a consecuencia de golpes y heridas con arma cortante, respondía al nombre de JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO, natural de Algarrobo Magdalena, de 30 años de edad, indocumentado, casado, hijo de Jesús e Isabel, empleado, alfabeto y residente en Santa Marta; presentaba golpes en diferentes partes del cuerpo, producidas con arma contundente garrote, piedra, cabeza totalmente destruida y heridas con arma cortante –machete– en diferentes partes del cuerpo".

"(...)

"También le informo a mi Teniente, que personalmente el suscrito le solicitó la colaboración al señor CESAR 'alias CHAPITA' telefonista de Telecom de este Municipio, para que se efectuara comunicación con la base del Distrito de Plato y poder requerir el refuerzo y se negó rotundamente a prestar el servicio, lo mismo que el Celador de turno; también se le solicitó la colaboración al señor ALFONSO OSPINO, JUAN BUELVAS, para que prestaran el servicio de los vehículos para trasladarse una unidad a la Base del Distrito a solicitar el Refuerzo y se negaron rotundamente a prestar la colaboración; lo anterior en vista que el Radio de la Subestación se encuentra fuera de servicio". (fls. 96 a 98 C. 1)

Posteriormente, en la declaración que rindió en el proceso disciplinario, el mismo Comandante dijo:

"... A las 19:00 horas salía a efectuar un patrullaje con dos unidades en el perímetro urbano, a eso de las 21:00 horas nos encontrábamos cerca del cuartel y llegaron varias personas a informarnos que en la caseta las tapas habían matado a una persona de inmediato salí con dos agentes y cuando había caminado aproximadamente dos cuadras y media nos encontramos con un grupo de personas en número aproximado de seiscientas que venían por la calle donde nosotros ibamos en la parte de alante (sic) traían a un hombre dándole con garrote, palos, piedras, también se escuchaban disparos yo de inmediato procedí a prestarle protección a esa persona y tratar de calmar –los ánimos de las demás gentes, conduciendo al herido a las instalaciones de la Policía, la gente me gritaba entregonolos (sic) que fue el que mató al Chama, entonces yo seguí con él y lo entregué al agente de guardia y le ordené que lo pasara al calabozo y lo asegurara con candado y a los demás agentes les ordené que se quedaran en la puerta y que no dejaran pasar al público para dentro del cuartel de inmediato yo salí hacia la puerta y ya estábamos rodeados de gente y entre ellos observé que uno de los que gritaban era el telefonista de Telecom de nombre César alias chapita, yo me dirigía hacia él y le solicité el favor que no me fomentaran el desorden lo convidé para los lados de la oficina de Telecom, llegamos hasta ese lugar le solicité que me efectuara una llamada al comando del distrito Plato o Santa Marta con el fin de pedir refuerzo, este señor me negó rotundamente el servicio manifiestándome que el que había muerto era un hijo del pueblo Tenerifano y que yo le tenía que entregar el retenido que tenía en el calabozo de lo contrario el pueblo Tenerifano procedía contra nosotros, también en ese lugar se encontraba el celador de turno de nombre LEONARDO POLO, también le pedí el favor de que me hiciera una llamada y se me fue negada cerrándome la puerta de entrada a las oficinas de Telecom, yo de inmediato me dirigía hacia la subestación y ya encontré una aglomeración de gente en número aproximado de dos mil que pedían que se les entregara el retenido o de lo contrario procedían contra el personal de la Policía yo les contesté que

no podía entregarles el retenido porque estaba bajo la custodia del personal de la Policía, entonces se lanzaron contra las instalaciones del Palacio Municipal y se acercaron más a la puerta de entrada de la subestación de policía entonces yo ubiqué los agentes en las dos puertas delanteras y trasera, la gente destruyó las puertas del palacio municipal y penetraron a la parte de atrás donde se encontraba ubicado el calabozo y que también se encontraba retenido el señor JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO o sea a quien el pueblo le pedía que la Policía se lo entregara entonces comenzaron a lanzarnos piedras, botellas, garrotes pedazos de hierro y a hacer disparos a las instalaciones de la subestación yo me ocupé de ejercer control sobre el personal de agentes bajo mi mando con el fin que no se fueran a presentar desgracias de mayor envergadura pero viendo de que estavamos (sic) siendo atacados con armas de fuego y las otras ya relacionado nos vimos en la obligación de hacer disparos hacia arriba al aire con el fin de evitar que nos fueran a causar bajas dentro de nuestras propias tropas aclaro que eramos atacados por la parte de adelante y trasera del cuartel con arma de fuego y contundente ya relacionada también la aglomeración de gente protaba (sic) cuchilos (sic) y machetes, mechones encendiso al parecer con gasolina; posteriormente aproximadamente a las 22:00 horas hirieron al agente MORALES GALARCIO no se exactamente con que clase de arma pero cuando me di cuenta él se encontraba botando sangre en la parte frontal de la cabeza de inmediato procedí a ayudarlo a evacuar por la parte de atrás lados del baño con el fin de que saliera hacia la base del Distrito a que le aplicaran los primeros auxilios e informara del caso para que nos enviaran refuerzo, la gente no cesaba con sus agresiones tanto de disparos como de armas contundentes pero yo seguía ejerciendo control sobre el personal subalterno y de vez en cuando se disparaba hacia –arriba al aire, ya como aproximadamente a las 01:30 horas se fueron retirando y fue cuando yo observé que frente a las instalaciones del palacio municipal se encontraba una persona tirada de cubito dorzal (sic) y con la cabeza totalmente destruida" . . (fls. 127 a 129 C.1).

El Agente BELEÑO OLIVEROS PEDRO ERAZO, declara:

"El día 17 del presente mes como a las 21:00 horas de presente (sic) varios ciudadanos informando que en el sitio las Tapas una caseta habían matado un señor, entonces mi sargento se dirigió con dos agentes al lugar de los hechos y me dijo que me quedara reforzando el cuartel porque quedaba mi persona y el agente CHICAIZA y EL OTRO de comandante de guardia, como a los 15 minutos venía mi sargento con el personal trayendo un retenido lo trajo a la subestación y le ordenó –al agente CHICAIZA que lo metira el calabozo, más atrás venía un grupo maximamente (sic) como cincuenta personas clamando de que ese era el asesino que había matado a un hijo del Pueblo que lo

sacaran que el que lo había matado era forastero después llegó un grupo más numeroso en clamor por la muerte del hijo del pueblo que lo sacaran se armaron de piedra, botella, y palo nosotros en vista de que eramos pocos y no contabamos con medio de comunicación porque la radio estaba dañada, entonces mi sargento dijo: voy a ver con que medio puedo comunicarme a Santa Marta o a Plato entonces fue negativo la comunicación porque no quisieron que él se comunicara, se negaron fue cuando él regresó otravés(sic) al cuartel que estuvieramos pila, que estuvieramos alerta a cualquier anomalía, estabamos pendientes adentro y el clamor de la gente tirándole piedras, palos, al cuartel y la gente rompiendo las puertas de la Alcaldía para sacar el retenido, en el grupo había gente armadas de revolveres, escopeta el cual no se reconocía por mucha gente, el agente MORALES y el agente MURILLO GUTIERREZ HERNAN y el agente CHICAIZA se encontraban al frente del cuartel cubriendo la entrada para que no penetrara gente al cuartel, fue cuando tiraron un poco de piedra contra el personal que estaba en la puerta y le pegaron en la cabeza al agente MORALES y lo hirieron, entonces mi sargento lo metió adentro y le dijo que había que sacarlo lo más pronto posible ya que se encontraba mal herido y lo pedían afuera y lo pedían porque, me corrijo, la gente no lo pedía sino que mi sargento le ordenó se saliera por detrás para que se comunicara a Plato, el salió y nosotros quedamos pendientes para la seguridad del cuartel y que no hubiera más desastre, es decir para controlar al personal y ahí fue cuando llegó el refuerzo que fue como a las dos de la mañana y fue cuando cojimos (sic) ánimo y salimos afuera. PREGUNTADO. ¿Ud. en el momento que se conglomeraba la gente y comenzó a lanzar objetos frente al cuartel en donde se encontraba? CONTESTO: Yo me encontraba en la parte de atrás frente a los baños cubriendo al personas (sic) que se encontraba alante (sic) de la guardia. PREGUNTADO: Cuando Ud. se encontraba en la parte de atrás díga si Ud. observó cuando se introdujeron al calabozo a sacar al individuo y que personas fueron las que penetraron allí. CONTESTO: Como estaba pendiente acá en el patio y la multitud era bastante entonces yo no conocí a ninguna de esas personas que pentraron ahí a sacar al tipo eses (sic)". (fls. 121 a 122 C. 1).

El Agente HERNAN MURILLO GUTIERREZ, expresa:

"Yo a las 19:00 horas me encontraba haciendo un patrullaje por la parte de arriba del poblado o sea por la cabecera del poblado con mi sargento GARCIA LOTERO, el agente CRISTANCHO CASTRO LUIS, ya en esas cuando veníamos hacia el cuartel venía un grupo de personas más o menos de cincuenta y nos avisaron que en la caseta las tapas había un herido o le habían dado muerte a una persona, cuando ibamos llegando más o menos a tres cuadras de la caseta traían un señor, me corrijo, lo llevaban persiguiéndolo, tirándole piedra, garrote, entonces

mi sargento se dirigió hacia él individuo que venían persiguiendo, prestándole apoyo, mi sargento lo condujo hacia el cuartel y encima de mi sargento la gente le lanzaban piedras y garrotazos, mi sargento se lo entregó al comandante de Guardia al agente CHICAIZA FLIPE COLON que lo metiera al calabozo, luego él lo metió al calabozo, después oímos unos disparos hacia el lado de la caseta salimos a ver que era lo que pasaba entonces cuando venían un grupo de personas diciendo que teníamos que soltar al capturado, en base que el agente CHICAIZA estaba solo nos tuvimos que regresar al cuartel claro que estaba en compañía con el agente MORALES y BELEÑO, nosotros tres nos dirigimos hacia el cuartel a apoyar y de seguridad (sic) porque había mucha multitud de gente que estaban rompiendo las puertas de la Alcaldía para meterse al calabozo, nosotros llegamos y cubrimos las instalaciones del cuartel, yo me encontraba en la parte izquierda junto con el agente MORALES GALARCIO MARIANO, el agente CHICAIZA FELIPE COLON cuando la aglomeración de gente eran aproximadamente unas 1.600 personas rompiendo las puertas de la Alcaldía y del calabozo le decían a mi sargento que necesitaban al capturado, luego mi sargento llamó al empleado de Telecom pidiéndole una llamada a Plato para poderse comunicar con la Policía dep. Plato, en base que el radio no servía, el señor de Telecom se negó, porque era un primo del muerto y que el capturado tenía que morir, como a los diez minutos mi sargento salió a hablar con la multitud pero éstos no se calmaban, no aceptaban consejos, ni que les explicaran como era el procedimiento legal, el agente MORALES se encontraba conmigo en la puerta con el fin de impedir que destruyeran la Alcaldía, pero en esos (sic) momento alguien le dio una pedrada hiriéndolo en la cabeza luego procedí con mi sargento a entrarlo al cuartel y ayudamos al agente MORALES una vez se recuperó a que se volara la parelilla (sic) de la parte de atrás del cuartel, ya que el pueblo lo pedía a gritos porque lo sindicaban que él había dado muerte a un individuo, mi sargento le ordenó al agente MORALES que se viniera a Plato a avisar, luego la multitud partió las puertas de la Alcaldía y entró a ella destruyendo todo lo que se encontraba en el interior, así mismo buscaban al capturado por la policía pero no lo encontraban, fue así como comenzaron a darle piedra a las instalaciones del cuarteal y al efectuar disparos en contra del cuartel manifestando que el retenido lo teníamos debajo de las camas y que si no lo entregavamos (sic), entonces nosotros teníamos que responderles y que si no aparecía mi sargento las pagaba porque el era el que lo había capturado, al cabo de un rato de oyó que el sujeto lo habían encontrado en el calabozo, fue así como la gente gritando lo sacaron del calabozo y lo arrastraron hacia la calle frente a la Alcaldía Municipal en donde ya estaba muerto cuando lo llevaron a ese lugar nosotros sólo cuidabamos la entrada al cuartel con el fin de evitar que no se metieran en donde nos lanzaban piedras, garrotes, y disparaban armas

de fuego, pero no pude observar quienes eran los que disparaban por la multitud, después oimos que habían matado a otro sujeto" ... (fls. 118 a 119 C. 1).

El agente LUIS FLAMINIO CRISTANCHO CASTRO, señala:

"A las 19:00 horas salimos a efectuar un patrullaje con mi sargento GARCIA LOTERO LUIS EVELIO y el agente MURILLO GUTIERREZ HERNAN hacia la parte de arriba de la población. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta que el día 17 de agosto del año en curso se encontraba Ud. efectuando un patrullaje, sírvase decir hacer un relato claro y detallado de los hechos ocurridos ese día en horas de la noche, con respecto a una asonada al cuartel donde resultaron muertas dos personas. CONTESTO: cuando nos encontrabamos patrullando llegaron unos tipos corriendo y nos informaron que había un herido en la caseta las Tapas, nos dirigimos hacia el lugar de los hechos, cuando ibamos a unas dos cuadras del cuartel vimos que varias personas traían a un tipo por delante, me corrijo, venían varias personas persiguiendo a un individuo tirándole piedra y palo, procedimos a coger al tipo ya que los que venían nos dijeron que el sujeto había matado a uno, lo trajimos hasta las instalaciones del cuartel y mi sargento le ordenó al agente CHCAIZA (sic) FELIPE COLON quien estaba de comandante de Guardia que lo metiera al calabozo, posteriormente se empezó a aglomerar muchas personas pidiendo que se lo entregaramos nosotros no dejamos que nadie se acercara a las instalaciones del cuartel pero a medida que iba pasando el tiempo se iba aglomerando más gente mi sargento en ese momento fue a Telecom tratando de hacer una llamada para solicitar refuerzo el cual fue imposible ya que los que trabajan en Telecom se negaron a prestar la colaboración, entre más pasaba el tiempo nos encontrabamos rodeados por todo el pueblo gritando que si no lo entregabamos lo sacaban por sus propios medios, fue así como empezaron a romper puertas y penetraron hasta donde está el calabozo para sacar al individuo que estaba retenido, como no lo encontraron se tomaron la puerta trasera del cuartel para penetrar a las instalaciones pensando de que se encontraba dentro del cuartel yo que me encontraba en la parte trasera los puede aguantar por unos quince minutos pero acto seguido empezaron a tirarme piedra y palos, yo cerré una puerta que conduce del cuartel al calabozo protegiendo la parte de atrás del cuartel y cuidando el radio, la puerta la rompieron y yo les dije 'que si penetraban les disparaba', al momento supieron que el individuo se encontraba en el calabozo y de ahí violaron la cerradura y lo sacaron, yo me quedé atrás, en ese momento fue que comenzaron a tirar piedra, o sea fue desde el momento que la gente se aglomeró empezaron fue a atacarnos tomando la trinchera nosotros para no dejarlos penetrar a las instalaciones del cuartel cuando ya habían sacado al tipo fue cuando hirieron al agente MORALES GALARCIO MARIANO, hiriéndolo con una piedra

en la frente tuvimos que sacarlo por la parte trasera del cuartel para que recibiera los primeros auxilios y pidiera refuerzo ya que el radio recibía pero no tramitaba". (fls. 115 a 166 C. 1).

D) Absolutamente criticable la conducta del Alcalde, del Personero y del Inspector de Policía municipales, quienes, al primer disparo (es decir aquél que hirió y produjo la muerte de ALFONSO RAFAEL DEL PORTILLO), corrieron a esconderse dejando a la población, cuya tranquilidad debían propiciar, en manos de una turba enfurecida sin hacer el más mínimo esfuerzo por controlarla y restablecer el orden.

Sin embargo, su conducta es altamente demostrativa del grado de peligrosidad y de la capacidad de violencia de la población, circunstancias que debió tener en cuenta la organización policiva para cumplir adecuadamente sus funciones.

El Alcalde confiesa:

"Yo iba llegando a la caseta las tapas cuando escuché el primer disparo en compañía de unos amigos corrí y me refugié en casa de la señora AURA DE HERRERA la cual queda más o menos como cien metros de la Alcaldía municipal aproximadamente, luego escuché que el disparo que había oído en horas anteriores le había dado muerte al señor ALFONSO DEL PORTILLO y el cual la Policía lo había capturado al actori (sic) del crimen, minutos más tarde parte del pueblo le pedía a la policía que le entregara el cuerpo de este señor o la vida, como es natural ellos no podían hacerlo el pueblo se lanzó contra las puertas de la Alcaldía con el fin de penetrar hacia el patio donde queda situado el calabozo o la cárcel destruyendo todas las dependencias de la Alcaldía tales como personería, tesorería, inspección central de policía, secretaría general, despacho del alcalde, salón de consejo (sic) y los patios de la misma dependencia, esto lo pude constatar el día 18 en horas de la mañana ya que esa misma noche después que el pueblo quedó en silencio salí con el ánimo de constatar estos destrozos y con que (sic) me encontré en la puerta de la Alcaldía fue con un cuerpo sin vida tirado en la mitad de la calle con la cara totalmente destrozada en la cual era difícil identificar quien era el muerto, ante este hecho me aturdí regresé a mi casa y al siguiente día en primeras horas fue cuando verifiqué los daños causados en la Alcaldía". (fl. 108); más adelante se le preguntó: "Díganos si Ud. pensó salir a mirar la situación que se estaba presentando o se abstuvo y por qué motivo. CONTESTO: Me abstuve porque sentí miedo por un pueblo enfurecido. ..." (fl. 109).

La conducta del personero fue similar:

"En la noche del 17 de los corrientes siendo aproximadamente las ocho de la noche me encontraba en un establecimiento de tiendacantina en

compañía de unos amigos tomandonos una cerveza al cabo de una hora después aproximadamente estando departiendo como dije antes, se oyeron unas voces de que en una caseta llamada las tapas habían asesinado a un señor en vista de esas noticias todos los que estabamos allí reunidos salimos cada uno para su casa yo llegué aquí a mi casa encontrando a mi señora que se acababa de levantar nerviosa por las mismas voces de alarma en vista de que al quedar diagonal al edificio donde se encuentran ubicadas las oficinas públicas y por encontrarse en ese momento un grupo de gente en estado excitante yo convidé a mi señora, despertamos a los niños, cerramos la casa y nos trasladamos a casa de una hermana que queda acá en la parte de arriba de la población para evitar estar retirado de algunos hechos que se pudieran presentar desde ayá (sic) escuchabamos voces y otros ruidos y eso, y nos enteramos ya bastante tarde por voces de la gente que pasaba para lado y lado de que se habían tomado el palacio municipal. ..." (fl. 103).

El Inspector de Policía expresa:

"... me contaron que en el calabozo se encontraba el hombre que acababa de asesinar a ALFONSO RAFAEL DEL PORTILLO, de hay (sic) viendo un pueblo alarmado y mi posisión de autoridad no me era conveniente estar en esa multitud, de ahí partí para mi casa donde tengo pendiente a que la señora mia está a punto de dar a luz, no conozco que personas se encontraban esa noche ni la actitud que tuvieron los agentes de la policía. ...". Luego se le preguntó: "En su calidad de Inspector díga si Ud. le insinúo en algún momento a la multitud que la acción que estaban ejecutando era incorrecta ya que la Policía tenía la obligación de velar también por la vida del retenido. CONTESTO: No, yo partí de inmediato para mi casa y me encontré con un ex-agente de la Policía Nacional y ambos coincidimos en que se debería de llamar a la policía de Plato para el refuerzo necesario, lamentablemente en Telecom se encontraba un celador." ... (fl. 107).

E) La Sala no puede compartir la tesis del apelante según la cual la obligación de la Policía era disparar en contra de la multitud con el objeto de proteger al retenido; tampoco cuestiona la decisión de proteger las instalaciones del cuartel en donde funcionaba la institución en ese municipio; pero sí encuentra que el funcionamiento del servicio adolecía de fallas protuberantes que hicieron posible el trágico desenlace de que da cuenta el proceso.

En efecto, tratándose de un día festivo en una población con propensión a la violencia, lo normal era que las dependencias policivas estuviesen dotadas adecuadamente, en personal y en equipo, para controlar emergencias como la que se presentó; sin embargo, las cosas no se presentaron de esa manera; los equipos de comunicación no funcionaban; esa irregularidad impidió el envío oportuno de refuerzos desde el municipio de Plato, cuya

ayuda, muy probablemente, habría impedido la tragedia; este defecto no se compensó con el envío de un mayor número de agentes; simplemente se dejaron las cosas como estaban, exponiendo a los habitantes y a los propios policías a sufrir las consecuencias.

Hay más: seguramente por temor, justificable en cualquier persona distinta de un agente del orden que debe estar entrenado para dominarlo, no se tomaron las medidas jurídicamente posibles para utilizar los equipos de Telecom que el funcionario encargado se negó a prestar para solicitar la ayuda requerida; en efecto, de los testimonios transcritos se desprende que el Comandante de la Subestación de Policía se limitó a "pedir la colaboración" de dicho funcionario y, ante su negativa, no realizó esfuerzo adicional alguno para obtenerla; dejó de lado las herramientas legales que *estaba en la obligación de utilizar*, tales como la orden de cumplimiento inmediato (artículo 26 del Código Nacional de Policía) cuya desobediencia autorizaba el uso de la fuerza, según el ordinal d. del artículo 29 del mismo código, con el objeto de hacer la comunicación indispensable para la obtención de refuerzos.

Tampoco resulta plausible la conducta de "pedir colaboración", a título de favor, a los particulares propietarios de vehículos, y rendirse resignadamente ante su negativa; el artículo 33 del código que viene citando la Sala dispone:

> "En caso de urgencia, la policía *puede exigir* la cooperación de los particulares no impedidos para hacerlo. Con tal ocasión *podrá utilizar, por la fuerza, transitoriamente, bienes indispensables como vehículos*, lugares privados, alimentos o drogas.
>
> "El particular cuyos bienes hayan sido utilizados deberá ser indemnizado según el daño pecuniario inferido." (se subraya).

Resulta claro, entonces, que la policía dejó de utilizar instrumentos idóneos tendientes a evitar los lamentables hechos que se juzgan, conducta que contribuye a estructurar una falla en el servicio.

El Estado está en la obligación de responder por las personas que ha capturado y que permanecen bajo su custodia; si tal cosa se predica de los bienes que, por obligación legal, deben dejar los particulares en sus manos con cuánta más razón ha de pregonarse respecto de las personas cuya protección es tarea esencial de las instituciones públicas; con ese propósito, el servicio de policía ha de estar dotado de tal manera que quienes, por cualquier razón, hayan sido retenidos por él, puedan confiar en la protección de su vida y de su integirad personal.

F) El actor LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA está legitimado en la causa para formular las pretensiones de la demanda; en efecto, si bien, de

acuerdo con la doctrina de la Sala, el certificado notarial visible a folios 15 del expediente resulta insuficiente para demostrar la paternidad natural de Juan de Dios Arévalo Chiquillo, las declaraciones de CLARA CAMPO REINOSO (fls. 39), ESTEBAN SUAREZ GOMEZ (fl. 40 y MARIA JOSEFINA AMAYA DE BERMUDEZ (fls. 166), lo complementan y no dejan dudas respecto de la condición de damnificado que ostenta el demandante.

G) Respecto del perjuicio material se tiene:

1. El difunto devengaba un promedio mensual de $91.488,22, según lo certifica la Empresa Puertos de Colombia en documento visible a folio 52 del expediente.

2. De esta suma habría que restar el 25% que la Sala estima que el difunto dedicaba a sus gastos personales; el demandante tendría derecho al 50% del saldo, es decir, la suma de $34.308.02.

3. Sin embargo como en la demanda solicita una suma menor ($22.500) será ésta la que se tendrá en cuenta para la liquidación.

4. Para la fecha de su muerte, AREVALO CHIQUILLO tenía 29 años y, una vida probable de 44.73 (Resolución No. 996 del 29 de marzo de 1990 proferida por la Superintendencia Bancaria).

5. Para la misma fecha el demandante tenía una edad de 4 años y 6 meses; o sea que para cumplir la mayoría de edad (10 de febrero del año 2 000) le restaban 13 años y 6 meses, la cual, por ser menor, se tomará en cuenta para la indemnización.

6. Se actualizará el valor que sirve de base a la liquidación, de acuerdo con la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} = 22.500 \frac{211.72}{59.07} = 80.644,99$$

7. La indemnización consolidada comprenderá el período que se extiende desde el 17 de agosto de 1986 (fecha de la muerte hasta el 13 de febrero de 1992 (fecha de la sentencia) aplicando la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{} = 80.644.99 \frac{(1 + 0.004867)^{65} - 1}{0.004867}$$

$$S = 6.144.664.12$$

8. La indemnización futura comprende el lapso que corresponde el 14 de febrero de 1992 hasta el 10 de febrero del año 2 000; la fórmula aplicable es la siguiente:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n} = 80.644.99 \frac{(1 + 0.004867)^{95} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{95}}$$

$S = 6.122.538.64$

Total perjuicio material $6.122.538.64 más $6.144.664.12 = $12'267.202.76.

H) El perjuicio moral se estima en MIL (1000) gramos de oro al precio que certifique el Banco de la República para 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.

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE el fallo apelado

SEGUNDO: DECLARASE la responsabilidad patrimonial de la Nación –Policía Nacional– por los perjuicios causados a LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA con la muerte de JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO, ocurrida en el Municipio de Tenerife, el 17 de agosto de 1986.

TERCERO: CONDENASE a la Nación –Policía Nacional– a pagar en favor de LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($12'267.202,76) M/CTE., por concepto de perjuicios materiales, más la equivalente de MIL (1.000) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de este fallo, por concepto de perjuicios morales.

CUARTO: Las anteriores sumas devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de esa fecha.

QUINTO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de esta sentencia con constancia de su ejecutoria con destino al Ministerio de Defensa –Policía Nacional– y a la parte actora (artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo,* Con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Con salvedad de voto; *William Salazar Luján,* Conjuez.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

HECHO DE UN TERCERO–(Salvamento de Voto)

El hecho de un tercero (aquí la multitud enardecida) exculpa la responsabilidad de la entidad y muestra la inexistencia de la relación causal entre la conducta de los agentes del Estado y el daño causado a la víctima. Hecho de un tercero de tanta entidad y magnitud que casi confunde con la fuerza mayor, dado lo imprevisible e irresistible de su acontecer. En los casos de asonada, cuando la fuerza de la turba enardecida exceda sin atenuantes y en forma desproporcionada el poder de reacción de la fuerza pública, no cabe hablar de la falla del servicio y menos que la autoridad violó el deber de protección debido a las personas por mandato constitucional. A lo imposible nadie está obligado.

Salvamento de Voto.– Julio César Uribe Acosta y Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente Nro. 6303. Ponente: Doctor Juan de Dios Montes Hernández. Actor: Luis Carlos Arévalo M.

Los suscritos Carlos Betancur Jaramillo y Julio Cesar Uribe Acosta, en forma comedida manifestamos nuestra discrepancia con el fallo aprobado por la mayoría.

Como salvedad presentamos apartes de la ponencia que no obtuvo la mayoría. Así:

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de mayo de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda:

Súplicas que fueron formuladas en la demanda de 28 de julio de 1987, así:

"PRIMERA.– DECLARAR que la Nación colombiana es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados al niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA como consecuencia de la muerte violenta de su padre JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO, ocurrida por linchamiento en el municipio de Tenerife (Magdalena) el 17 de agosto de 1986 cuando se hallaba privado de la libertad custodiado por personal en servicio activo de la policía nacional.

"SEGUNDA.– Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la Nación a pagar al niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA lo que a continuación se expresa:

"a) El equivalente en moneda legal colombiana a un mil gramos de oro en la fecha del fallo como compensación por el daño moral que le ocasionó la muerte violenta de su padre.

"b) La suma de veintidós mil quinientos pesos moneda corriente ($22.500.oo M/C) mensuales o la que resulte probada en el proceso pericialmente desde el 17 de agosto de 1986 hasta cuando el niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA cumpla la mayoría de edad, o sea hasta el 10 de febrero del año 2.000.

"c) Los incrementos sobre la suma que resulte del literal anterior teniendo en cuenta el aumento de los índices de precios al consumidor calculados desde el 17 de agosto de 1986 hasta el 10 de febrero del año 2.000.

"d) Los intereses corrientes aumentados con el incremento promedio que hayan tenido los índices de precios al consumidor, sobre el valor total de las condenas que resulten a favor del niño LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA desde la fecha en que el fallo deba cumplirse, hasta cuando el pago se realice.

"TERCERA.– La Nación proveerá lo conducente al pago de las condenas, en el término prescrito por el artículo 176 del C.C.A.".

Los hechos narrados en síntesis, muestran que el ciudadano "JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO fue muerto violentamente por linchamiento, el día 17 de agosto de 1986 en el perímetro urbano de Tenerife cuando, después de haberse entregado a la Policía fue sacado por un grupo enardecido de personas de la celda donde se encontraba, eliminándolo en forma brutal.

"La muerte le sobrevino a consecuencia de puñaladas y golpes, que determinaron el aplastamiento del cráneo con exposición de masa encefálica y salida de vísceras.

"La causa mediata de lo acontecido lo halla la demanda en la negligencia del cuerpo armado policivo, que pese a contar con suficientes agentes y armamento, no obró con la diligencia necesaria para evitar el linchamiento.

"El señor JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO nacido en Algarrobo, Fundación, el 17 de julio de 1956; era un hombre sano, sin antecedentes penales; se desempeñaba como conductor de la Gerencia del Terminal Marítimo de Santa Marta, con promedio salarial superior a $90.000.oo; hacía vida marital, en unión libre, con ALBA MENDOZA DELGADO; y con ella procreó al niño LUIS CARLOS, nacido el 10 de febrero de 1982, a cuya subsistencia atendía".

El tribunal, luego de cumplir el trámite de rigor, decidió denegar las súplicas de la demanda por cuanto "faltando el elemento hecho dañoso generador del perjuicio imputable a persona pública, a la Policía, porque su actuación estuvo ajustada a las normas que rigen el empleo de las armas y porque dadas las limitaciones de medios y de personal prestó la atención que estuvo a su alcance, la falla del servicio no existe; y, por lo mismo, no hay causa para atender a la indemnización pedida".

Descontenta la parte actora, interpuso apelación. Cumplido el trámite de la instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la corporación, Doctora Edné Cohen, la sentencia merece ser confirmada en todas sus partes.

Así, en su vista de 14 de febrero de 1991 (a folios 211 y siguientes) sostiene:

> "Esta agencia del Ministerio Público, considera acertados los juiciosos raciocinios hechos por el tribunal.
>
> "La forma como se sucedieron los hechos, nos indica claramente que la fuerza de los participantes y la superioridad numérica de la multitud enardecida fue mayor a la actividad desplegada por los agentes de la Policía. Estos para evitar una tragedia mayor se abstuvieron de utilizar la fuerza en forma directa contra la muchedumbre. Se sabe, pues así lo señalan los testigos, que la Policía hizo disparos al aire para disolver el grupo numeroso de personas que en forma enfurecida buscaba al culpable. Los hechos, como lo destaca la sentencia, se sucedieron de manera rápida e inesperada, de suerte que no permitieron obrar de otra manera. Las circunstancias que señala la parte actora como constitutiva también de la falla del servicio, como la falta de comunicación radial, la falta de vehículos para salir a pedir ayuda etc. no constituyen elementos determinantes de la muerte del sujeto Juan de Dios Arévalo. Sobre las circunstancias que rodearon el lamentable suceso, se podría especu-

lar y edificar toda una serie de hipótesis y probabilidades; pero resulta, que lo que cabe analizarse es la forma en que se desarrollaron los hechos para concluir como acertadamente lo dice el Tribunal, que en el presente caso, no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado".

Por su lado, la parte actora en su alegato de sustentación considera que la causa *petendi* alegada en la demanda continúa en pie, en vista de que la argumentación no fue rebatida por el *a-quo*. Insiste en que las autoridades no le brindaron la protección debida al detenido Juan de Dios Arévalo Chiquillo, quien momentos antes había dado muerte a un ciudadano. Que esta falta de protección conforma o evidencia una falla del servicio por incumplimiento del mandato constitucional a cargo de las autoridades de velar por la vida de las personas residentes en Colombia. Afirma que la autoridad bien pudo evitar el incidente mediante el uso de las armas.. Considera que la falla estuvo bien probada y que la autoridad no pidió oportunamente los refuerzos al pueblo vecino y que cuando estos llegaron ya habían transcurrido más de cinco horas y ya estaba consumada la tragedia.

Para la sala la sentencia apelada merecer ser confirmada, ya que se encuentra ajustada tanto a la realidad procesal como a la probatoria. Además, la motivación compendia la doctrina elaborada por los autores en torno a situaciones parecidas donde el hecho de tercero (aquí la multitud enardecida) exculpa la responsabilidad de la entidad y muestra la inexistencia de la relación causal entre la conducta de los agentes del Estado y el daño causado a la víctima. Hecho de tercero de tanta entidad y magnitud que casi se confunde con la fuerza mayor, dado lo imprevisible e irresistible de su acontecer.

En los casos de asonada, cuando la fuerza de la turba enardecida exceda sin atenuantes y en forma desproporcionada el poder de reacción de la fuerza pública (tal como se comprobó en el presente caso), no cabe hablar de la falla del servicio y menos que la autoridad violó el deber de protección debido a las personas por mandato constitucional. No, las pruebas muestran esa desproporción de fuerzas (más de 1.500 personas ébrias, armadas de palos, cuchillos, revólveres y piedras contra seis agentes de la policía) y ponen en evidencia la conducta prudente y conciliadora de éstos, quienes de no mediar su sensatez, habrían desencadenado una tragedia con el uso de sus armas mucho mayor y con un crecido número de víctimas.

A lo imposible nadie está obligado y este brocardo del derecho romano conserva vigencia y actualidad en casos como éste.

Cuando la jurisprudencia de la corporación habla de la falla del servicio público no hace referencia a un Estado ideal. Esa falla debe medirse en relación con la propia estructura del servicio comprometido y dentro de sus posibilidades operativas ordinarias o normales. De lo contrario, en todos los casos

de muerte violenta de una persona habría responsabilidad del Estado por violación de ese deber de protección. No, el Estado colombiano y ningún Estado por desarrollado que sea, puede hacer de esa obligación una obligación de resultado. No, él se obliga a poner todos los medios a su alcance, en la mejor forma posible, pero no más. Si pese a esa conducta el daño se produce no podrá resultar comprometida su responsabilidad.

Por esa razón la falla del servicio deberá calificarse en cada caso y según las circunstancias de operación de dicho servicio. En otras palabras, la falla del servicio no conforma una regla de carácter general aplicable a todos los casos de responsabilidad, sino una técnica de aplicación del derecho de la responsabilidad a un caso concreto.

La sala prohija la decisión del tribunal porque conforma un excelente trabajo de aplicación tanto de la normatividad vigente como de la jurisprudencia y de la doctrina en materia de responsabilidad. Es tan seria y razonada su motivación que sobra hacer otras reflexiones adicionales. Con todo, de esa argumentación merecen destacarse los siguientes apartes:

"Montada la responsabilidad extracontractual sobre el trípode: Existencia de un daño, hecho dañoso generador del perjuicio imputable a una persona pública, y relación de causalidad entre uno y otro, la demostración fehaciente de estos tres elementos es condición para que nazca la obligación de reparar; en faltando uno solo de ellos, la causa resarcitoria desaparece.

"Dando por descontada la existencia del daño por la supresión violenta de una vida humana, el examen del acaecer dañoso imputable a la Policía Nacional o a sus agentes se erige en el meollo de este proceso y del fallo que en él ha de recaer.

"Al tratar sobre el carácter concreto de la falta del servicio, el Profesor JEAN RIVERO nos ilustra: "El Juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (período de paz, o momento de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.". Y agrega: "De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o no culposo" "(Derecho Administrativo" Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 304-305).

"Este discernimiento de responsabilidad por falta del servicio, relativa y condicionada a las circunstancias, acogido ya por el Consejo de Estado, como pauta señera, ha de guiar igualmente el análisis de la conducta

o actuación de la Policía calificada en el libelo de culposa y generadora del daño y cuya reparación se demanda.

"La culpa atribuida a los agentes de la Policía la estructura la demanda, se reitera, en que la muerte por linchamiento del señor JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO se debía a que la Policía no actuó con profesionalismo, diligencia, cuidado y eficacia, y con más concreción, en que los agentes "omitieron poner su fuerza y las armas al servicio de la defensa de un buen ciudadano".

. . . . .

"Los testimonios recaudados a miembros de la Policía, a saber a MARIANO MORALES GALARCIO (folio 161), FELIPE COLON CHICAIZA (folio 165), LUIS FLAMINIO CRISTANCHO (folio 187) y HERNAN MURILLO (folio 188), permiten inferir que el señor JUAN DE DIOS AREVALO CHIQUILLO fue retenido y protegido por la Policía en momentos en que venía siendo perseguido por personas del pueblo por haber dado muerte a un lugareño. que fue conducido al calabozo, por el Comandante de la Subestación; que esto no bastó y que los perseguidores se aglomeraron en muchedumbre aproximada al millar de individuos, que enardecidos y armados con piedras, garrotes y aun armas de fuego, reclamaban la entrega del foráneo que se hallaba en el calabozo; que la Policía trató de dispersar a los sediciosos por las buenas, mediante el diálogo, incluso haciendo tiros al aire para amedrentar a las gentes, con resultados infructuosos pues los miembros de la Policía fueron superados por el mayor número de los energúmenos pobladores, que rompieron puertas y ventanas y destruyendo edificaciones, muebles y enseres, terminaron por sacar de la celda al hombre que allí se encontraba, dándole luego muerte frente al cuartel, masacrándolo. Son contestes estos testigos en que no pudieron pedir refuerzos porque el radio no transmitía y porque los funcionarios de TELECOM se negaron a prestar el servicio; y como los propietarios de vehículos tampoco ofrecieron su colaboración, fue menester que un agente fuera herido para que éste, furtivamente pudiera salir del cuartel y trasladarse en procura de auxilio.

"En el expediente disciplinario los miembros de la Policía de servicio en Tenerife fueron exonerados de responsabilidad al dar por establecido sus superiores que una gruesa multitud superior a mil personas, armadas de garrotes, armas blancas y armas de fuego, trataron de tomarse las instalaciones de la subestación, por la fuerza, con violencia, atentando contra la vida de los seis policías que allí se encontraban; que la actuación de la Policía frente a los revoltosos fue correcta y valiente, resistiendo al máximo los ataques y las pretensiones de aquellos, que desafortunadamente lograron su objetivo; y que el personal de la Policía

trató en todo momento de persuadir en forma lógica, racional y pacifista al grupo de personas revoltosas, las cuales debido a su gran estado de excitación y deseo de venganza no acataron las explicaciones de la policía (folio 157).

"A este informativo se llevaron testimonios importantes, no por su contenido, sino por la calidad de los declarantes y que evidencian su pasividad como autoridades cuando no su participación en los hechos. El Personero Municipal, SABAS ALFONSO WILCHES PASSO, quien se escondió apenas oyó voces de que habían asesinado a un señor (folio 103), aunque resalta la aptitud pacifista de la policía y su ánimo de evitar algo grave; el Inspector de Policía, OSCAR DEL PORTILLO OROZCO, quien dice que viendo al pueblo "alarmado" y dada su posición de autoridad optó por irse a su casa (folio 106); el Alcalde Municipal, MANUEL MERCADO POLO, quien da cuenta como "... parte del pueblo le pedía a la Policía que le entregara el cuerpo de este señor o la vida, como es natural ellos no podían hacerlo, el pueblo se lanzó contra las puertas de la Alcaldía con el fin de penetrar hasta el patio donde queda situado el calabozo o la cárcel destruyendo todas las dependencias de la Alcaldía tales como Personería, Tesorería, Inspección Central de Policía, Secretaría General, Despacho del Alcalde, Salón del Concejo y los patios de la misma dependencia. ..." (folio 108); y finalmente CESAR AUGUSTO SALCEDO CERVANTES, funcionario de TELECOM, quien sin menor reato declara: "Me encontré con el Comandante y le comuniqué que el primo mío murió y el que mató tenía que morir. ..." y acepta que no accedió a hacer la llamada de auxilio mientras no lo dispusiera el Jefe de la oficina (folio 11) percibiéndose que este mismo funcionario participó activamente en el disturbio según lo relata el Comandante de la Policía".

.....

"La omisión en el uso de las armas de dotación oficial.

"No se oculta que el argumento principal o central en que se erige la falla del servicio es la omisión, por la Policía, del uso de sus armas de dotación oficial. Extraídos del libelo, los siguientes juicios valorativos desvelan la exacta motivación del demandante:

"Cuando los agentes del servicio en Tenerife *omitieron poner su fuerza y sus armas al uso de la defensa de un buen ciudadano*, incurrieron en incumplimiento de sus deberes policivos. ..." (folio 9, se subraya).

"La Policía no empleó la diligencia necesaria (culpa por omisión) para evitar el linchamiento *a pesar de contar con medios idóneos, como eran las armas de dotación oficial* ..." (se subraya).

"El linchamiento, que constituye la expresión de peligrosidad más grave en toda sociedad, es infracción penal que la Policía *debe prevenir con los medios que la ley pone en sus manos.* ..." (folio 9 se subraya), medios que, por la referencia concomitante que se hace del artículo 29 del Código Nacional de Policía, son las armas.

"*La Policía debió emplear las armas con energía*, por que así se lo imponía el literal b) del artículo 29 del Código Nacional de Policía. ..." (folio 193).

"No obstante el expediente deja la certeza de que la Policía sí utilizó sus armas. Lo que sucede es que disparó al aire, con fines de amedrentamiento a los sediciosos, y no directamente contra ellos, en reacción defensiva, como parece pretenderlo el señor apoderado del demandante, lo cual hubiera sido peor que el mal que se quería prevenir o remediar.

"Como dice el Profesor Rivero, en la cita atrás transcrita, el artículo 29, literal b) del Código Nacional de Policía no puede ser tomado en forma abstracta de modo que para evitar una muerte sea menester causar otras más. Por el contrario, la obligación que tiene la Policía o la fuerza pública para asegurar el mantenimiento del orden público y preservar la comisión de delitos, debe estar ajustada en su actuación, al principio de la razonabilidad. La razonabilidad de la actuación policial, como garantía impeditiva de la arbitrariedad, implica la búsqueda de los medios más adecuados al fin que se persigue; es decir, que el poder de policía a fin de lograr su cometido, debe emplear los medios más eficaces y actos de que disponga, en modo que pueda conciliar el respeto máximo a los derechos de las personas y a la satisfacción de las necesidades comunes.

"Se sabe, en este sentido, que la Policía quizo persuadir a los revoltosos, pero fue superada no sólo en número sino por la extraña y salvaje ardentía del pueblo, aupado por sentimientos xenófobos que no aminoraron siquiera los disparos disuasivos hechos al aire. Frente a las circunstancias anotadas, y a lo que se podía esperar de la Policía, es expresiva la manifestación del Alcalde de Tenerife: La actitud de la policía me pareció correcta porque escasos cinco agentes que se encontraban en esos momentos *evitaron hasta donde pudieron, pedirles más sería injusto*". (folio 109)"

Por lo expuesto, dejamos así explicadas nuestras discrepancias.

Con todo respeto,

Julio Cesar Uribe Acosta, Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá, D.C. febrero 14 de 1992.

CONTRATO ADMINISTRATIVO–Régimen Aplicable/**CONCEJO MUNICIPAL**–Facultades/**CONTRATO ADMINISTRATIVO/NULIDAD ABSOLUTA**–Improcedencia

> **Los contratos que celebren los municipios se rigen por dos clases de normas de distinta jerarquía; unas de orden legal que el legislador se quizo reservar para sí y que son una manifestación del principio de la centralización política y otras que pueden adoptar los municipios por las autoridades y con los procedimientos que la ley prevé, en ejercicio de la autonomía que les otorga la organización administrativa descentralizada. Compete a los concejos municipales determinar los casos en los cuales, el contrato deba estar precedido de procedimientos licitatorios públicos o privados, cuya pretermisión genera la nulidad absoluta del contrato por desconocimiento de una formalidad esencial prevista en una norma de derecho público para que su celebración resulte jurídicamente válida. Sin embargo tal irregularidad no configura objeto ilícito, sino el incumplimiento de una formalidad esencial impuesta por una norma de derecho público. Pese a lo dicho, razones probatorias impide la declaración de nulidad absoluta del contrato.**

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Referencia: Expediente No. 5379. Actor: Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo de Sucre el día 25 de marzo de 1988 por medio e la cual denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. LA DEMANDA. El 29 de mayo de 1987, AQUILES EDUARDO FONTALVO BAQUERO, por medio de apoderado judicial regularmente constituido, presentó demanda en contra del Municipio de Toluviejo (Sucre), buscando satisfacción para las siguientes pretensiones:

"1. Que se decrete el incumplimiento por parte del Municipio de Toluviejo Departamento de Sucre, del Contrato de Obras Públicas No. 01 celebrado entre el Ingeniero Civil Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero y el Municipio de Toluviejo (Sucre), el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

"2. Que como consecuencia de la declaratoria anterior se decrete el pago de perjuicios a favor del Ingeniero Civil Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero, por la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000.oo), por Lucro Cesante dejados de percibir como causa del incumplimiento". (fl. 2 C. 1).

Como fundamento del petitum narró estos hechos:

"1. El día primero (1o.) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), mediante el oficio No. 005 emanado del Honorable Concejo Municipal de Toluviejo (Sucre), y con la firma de la Secretaria de esa Corporación, se comunicó al señor Alcalde del Municipio de Toluviejo (Sucre), representado en ese momento por el señor Abraham Chadid, que en la sesión del día veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y seis (1986), se había autorizado al Alcalde, para que hiciera la contratación total y definitiva de la terminación de las redes del acueducto de la cabecera de ese Municipio.

"2. El día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), fue celebrado en forma directa y acogiéndose a las normas establecidas en el decreto 222 de 1983, el contrato de Obras Públicas No. 01, entre el Municipio de Toluviejo (Sucre), como parte contratante y el Ingeniero Civil Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero, como parte Contratista.

"3. El objeto del contrato era el de Ampliación y Terminación del Acueducto de la cabecera Municipal de Toluviejo (Sucre).

"4. La duración del Contrato fue pactada por el término de seis (6) meses, contados a partir de los quince (15) días siguientes a la fecha en

que la parte Contratista recibiera de la parte Contratante un equivalente porcentual del valor total del Contrato, fijado como anticipo.

"5. La cuantía total del Contrato fue fijada en la suma de catorce millones quinientos sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($14.563.475.oo).

"6. La forma de pago acordada entre la parte Contratante y la parte Contratista, fue establecida en el correspondiente Contrato en la cláusula quinta y adicionada más adelante al final del mismo Contrato, de la siguiente forma: Un anticipo del veinticinco por ciento (25%) del total del Contrato o sea la suma de tres millones seiscientos cuarenta mil ochocientos sesenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($3.640.863.75), y el saldo por actas parciales de acuerdo al avance de la obra.

"7. Por parte del Contratante le fueron exigidas a la parte Contratista para la legalización del Contrato las siguientes garantías y requisitos: Las contenidas en la cláusula sexta, las cuales son:

"a) El pago a favor de la parte Contratante, de una fianza para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones contraidas en virtud del Contrato, la cual fue otorgada mediante pago por parte de la Compañía de Seguros Skandia de esta ciudad, el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), por solicitud de la parte Contratista, esta garantía fue prestada por un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del valor estimado en el Contrato, o sea la suma de setecientos veintiocho mil ciento setenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($728.173.75), siendo el valor de la garantía la suma de cuarenta y seis mil seiscientos ochenta y ocho pesos ($46.688.oo).

"b) La constitución de una garantía por parte del Contratista, para asegurar la estabilidad de la obra, esta garantía debería ser otorgada antes de la expiración de la garantía de cumplimiento su duración sería de cinco (5) años contados a partir del recibo final del trabajo Contratado y su cuantía sería el equivalente del cinco (5%) del valor final de la obra, estando presto el Contratista para hacer efectiva la fianza para el cumplimiento de esta garantía.

"c) La constitución de una garantía por parte del Contratista, para asegurar el total y cumplido pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal que sería empleado en la construcción de la última etapa de la conducción del acueducto de la cabecera Municipal de Toluviejo (Sucre), y el suministro de instalación de dos equipos de bombeo, esta garantía fue presentada por la suma del quince por ciento (15%), del valor total del Contrato, lo cual equivale a la canti-

dad de dos millones ciento ochenta y cuatro mil quinientos veintiún pesos con veinte centavos ($2.184.521.20), correspondiéndole pagar al Contratista la suma de setenta y seis mil ciento catorce pesos ($76. 114.oo).

"d) Fue establecido como requisito para la legalización del Contrato en la cláusula décima quinta, el registro del mismo ante la Administración de Hacienda Nacional, lo cual fue hecho por parte del Contratista el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), pagando por esto la suma de treinta y dos mil setecientos sesenta y ocho pesos ($32.768.oo), además le fue exigido al Contratista por parte del Contratante, la presentación del Paz y Salvo expedido por la Dirección de Impuestos Nacionales, cumpliendo éste con el lleno del anterior requisito.

"8. El Contrato de Obras Públicas celebrado entre el Municipio de Toluviejo (Sucre), como parte Contratante y el Ingeniero Civil Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero como Contratista, fue incumplido por parte del Contratante por la falta de entrega del anticipo pactado en la cláusula quinta del mencionado Contrato y adicionada al final del mismo, según la cual, sería entregado por parte del Contratante como anticipo a la parte Contratista, la suma del veinticinco por ciento (25%) del valor total del Contrato, o sea la cantidad de tres millones seiscientos cuarenta mil ochocientos sesenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($3.640.863.75), y el saldo sería entregado por el Contratante por actas parciales de acuerdo al avance de la obra.

"9. Como causa del incumplimiento del Contrato No. 01 de Obras Públicas, por parte del Contratante, el Contratista ha sufrido perjuicios por Lucro Cesante, en la cuantía de cuatro millones de pesos ($4.000. 000.oo), teniendo en cuenta que el valor total del Contrato fue la suma de catorce millones quinientos sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($14.563.475.oo).

"10. El Contrato de Obras Públicas No. 01, no obstante de haberse celebrado con el lleno de los requisitos que establece la Ley, no pudo ejecutarse por cuanto hubo incumplimiento por parte del Municipio de Toluviejo (Sucre), en el suministro de los medios que fueron pactados (Cláusula Quinta adicionada) en el Contrato mismo, para que éste pudiera realizarse.

"11. El Ingeniero Civil Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero, cumplió con el lleno de los requisitos que fueron acordados en el texto del mencionado Contrato, por lo tanto él nunca incurrió en mora para que el mencionado Contrato pudiera realizarse.

"12. El Contratista, en procura de la realización de las Obras objeto del Contrato, había adquirido compromisos con algunas casas comerciales para el suministro de los materiales que serían empleados en la realización de las Obras Contratadas, compromisos éstos que ocasionaron perjuicios al Contratista del orden moral y material, por cuanto para estas entidades comerciales, el Contratista no efrece (sic) ninguna credibilidad, todo esto a raíz del incumplimiento del Contrato por parte del Contratante.

"13. Del texto mismo del Contrato de Obras Públicas No. 01 se desprende que ha habido incumplimiento por parte del Municipio de Toluviejo (Sucre) como Contratante, dando lugar a que mi mandante recurriera ante ustedes para que sea decretado el mencionado incumplimiento". (fls. 2 a 5 C. 1).

Posteriormente corrigió el hecho cuarto, el cual, en definitiva, se redactó así:

"... La duración del Contrato fue pactada por el término de sesenta (60) días, contados a partir de los quince (15) días siguientes a la fecha en que la parte Contratista recibiera de la parte Contratante un equivalente porcentual del valor total del Contrato, fijado como anticipo". (fl. 14 C. 1).

2. TRAMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA: La demanda se admitió y el auto de admisión se notificó al Municipio demandado, el cual constituyó apoderado especial y, por ese medio, se vinculó al proceso, contestó la demanda y propuso las excepciones de "fenecimiento del contrato", consistente en "un mutuo incumplimiento que el transcurso del tiempo degeneró en un acuerdo tácito de la voluntad de prescindir del mismo", y la de inepta demanda, en cuanto el actor debió demandar al funcionario que suscribió el contrato y no al municipio.

El proceso se abrió a prueba por un término de treinta (30) días, al cabo del cual se dio traslado a las partes para los alegatos finales; presentó el suyo el apoderado del actor y rindió concepto el Fiscal del Tribunal quien solicitó negar las pretensiones formuladas.

3. EL FALLO IMPUGNADO. El Tribunal adoptó la decisión señalada al comienzo, luego de reflexionar con esta lógica:

"El art. 1o. del Decreto 222 de 1983 establece que en lo relativo a tipos de contratos, clasificación de los mismos, efectos, responsabilidades, y terminación, así como en lo tocante a los principios generales, se aplican las normas de ese estatuto, a los que celebren los Departamentos y Municipios; por consiguiente, en lo referente a materias distintas de

las señaladas, no se aplican las disposiciones de ese Decreto, sino las que existan en cada entidad territorial. En el caso de este departamento existe el Código Fiscal de Sucre, adoptado por medio de la Ordenanza 07 de 1984, la cual en sus artículos 533 y ss. consagra el régimen fiscal de las entidades municipales del Departamento, por lo que debe acudirse a dicho estatuto, con el fin de resolver la cuestión debatida puesto que no se trata de las señaladas específicamente en el art. 1o. del Decreto 222, citado.

"El art. 580 de la mencionada Ordenanza 07 de 1984 fija los requisitos que deben reunir los contratos de ejecución de obras, en los cuales sea parte contratante uno de los municipios que conforman el Departamento de Sucre, disponiendo que cuando la cuantía sea superior a un millón de pesos, el contrato debe ser adjudicado mediante licitación pública y contrato suscrito por el Alcalde. En el parágrafo primero de dicha norma se establecen las excepciones al cumplimiento de esos requisitos, para lo cual se remite a los casos del art. 39 del Código Fiscal de Sucre, con la salvedad de que en estos casos especiales, la adjudicación debe hacerse por la Junta Municipal de Hacienda.

"De las disposiciones ordenanzales analizadas se concluye que el procedimiento en estos casos, es el siguiente:

"El Consejo de gobierno del respectivo municipio señala por medio de declaración, cuales son las circunstancias de paralización, suspensión o daño en la prestación de un servicio público, las que puedan ocasionar calamidad o grave perjuicio social; una vez declarada esa circunstancia que justifique la declaratoria de calamidad pública, la Junta de Hacienda Municipal, deberá hacer la adjudicación del contrato, prescindiendo de la respectivalicitación. En el caso de Toluviejo que se estudia, se confundió el procedimiento, puesto que la Junta de Hacienda declaró la situación de calamidad pública, lo cual no era de su competencia sino del Consejo de Gobierno y al mismo tiempo ordenó prescindir de la licitación pública y adjudicó el contrato al actor, lo cual es suficiente para concluir que el contrato aducido en este proceso no nació a la vida jurídica, por fallas graves en su formación.

"Pero como si lo anterior fuera poco, observa la Sala que la pretendida declaratoria de calamidad pública se hizo el día 5 de febrero de 1987, mientras que el contrato a que se refiere esa misma declaratoria, se había firmado el día 3 de diciembre de 1986, es decir primero se firma el contrato, y posteriormente se declara el estado de calamidad pública, para justificar la falta de licitación en el mencionado contrato, lo cual es a todas luces irregular y sospechoso, por cuanto la lógica indica que primero se presenta la necesidad de la obra pública que justifique la declaratoria de calamidad, y con base en ella, se celebren los contratos

que sean necesarios para combatir las causas que originaron la situación de peligro para el municipio, y no a la inversa como se hizo en el municipio de Toluviejo.

"Así las cosas, hay que concluir que en el caso *Sub-examine* no existió contrato, y por consiguiente no puede deducirse ninguna consecuencia jurídica de su presunto incumplimiento por una de las partes, por lo que habrán de negarse las súplicas de la demanda, con la consiguiente condena en costas, en los términos de los arts. 171 del C.C.A. y 392 del C. de P. C." (Fls. 53 a 55 C. 1).

4. EL RECURSO DE APELACION. El recurrente expresa que, por razones de jerarquía normativa y por mandato del artículo 633 del Código Fiscal del Departamento de Sucre, la ley debe aplicarse de preferencia sobre las ordenanzas; con esta premisa, deduce que, para este caso se debe aplicar el Decreto-Ley 222 de 1983, prefiriendo a la Ordenanza No. 07 de 1984, por medio de la cual se adoptó dicho código, y que, por consiguiente, el contrato celebrado tiene validez jurídica.

5. LA SEGUNDA INSTANCIA. Durante el trámite ante esta Corporación las partes guardaron silencio; la Dra. EDNE OCHEN DAZA Fiscal Segunda del Consejo de Estado solicita la modificación de la sentencia, para que se declare la nulidad absoluta del contrato y se nieguen las súplicas de la demanda; presenta su argumentación bajo este texto:

"El análisis que hizo tanto el Fiscal del Tribunal, como la sentencia, respecto a la falta de requisitos ordenados en el código fiscal, es acertado. En verdad, esta norma local señaló que los contratos municipales cuya cuantía fuere superior al millón de pesos, requería licitación pública. La norma en mención es la aplicable al caso, pues en materia de licitación y adjudicación los Departamentos y los Municipios tienen plena competencia para dictar sus propias normas, siendo éstas las aplicables al caso y no las contenidas en el Decreto 222/83, como lo pretende el recurrente.

"La Ley 19/82, el decreto 222/83, la Ley 11/83 y el Decreto 1333/86, son acordes en establecer que ciertos aspectos de la contratación departamental y municipal deben regirse por la ley nacional, pero sin que eso implique que los demás aspectos no puedan ser objeto de reglamentación local. Específicamente el Decreto 222/83 en el inciso final del art. 2o. dice: 'Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios.'

"Lo primero indica, que en materia de licitaciones los Departamentos y los Municipios pueden dictar sus propias normas, acomodando éstas a las necesidades y condiciones de la administración local.

"Es pues acertado, afirmar, que en el presente caso la norma de la ordenanza No. 07 de 1984 que constituye el Código procesal de Sucre, es aplicable y como en él se estipularon las normas relativas a la licitación pública de los municipios, con el presente contrato el alcalde debe ceñirse al trámite estipulado en él.

"Las normas del código fiscal aún cuando aparecen anexadas al expediente, en lo pertinente al caso, fueron transcritas en la sentencia, lo que permite hacer referencia a su contenido.

"Esta Fiscalía no está de acuerdo con la sentencia en los efectos que se atribuyen a la inobservancia de la ley, pues a juicio de este despacho, al haberse suscrito el contrato, con violación expresa de lo ordenado en la ley, hubo objeto ilícito al tenor de lo establecido en los arts. 1519 y 1741 del C.C. en concordancia con el art. 2o. de la Ley 50/36. En consecuencia el contrato No. 01 suscrito el 3 de diciembre de 1986 entre el Municipio de Toluviejo y el Ingeniero Aquiles Eduardo Fontalvo Baquero, adolece de nulidad absoluta". (fls. 72 a 73 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A) Lo primero que debe resolver la Sala es lo referente a los diversos puntos de vista que existen en el proceso en relación con las normas que han de aplicarse a la formación de los contratos que celebran los municipios; en torno de este tema giran los motivos de inconformidad del apelante, de la decisión tomada por el *a-quo* y de la solicitud que formula nuestra Colaboración Fiscal.

Las disposiciones legales sobre esta materia prescriben:

Artículo 5o. de la Ley 19 de 1982: "En el desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios *sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren* y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley; así como las de inhabilidades e incompatibilidades". (Las subrayas son de la Sala).

Artículo 1o., inciso último, del Decreto-Ley 222 de 1983:

"Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los prin-

cipios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los departamentos y municipios".

Artículo 273 del Decreto-Ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, vigente desde el 14 de mayo de ese año:

"Los contratos que celebren los municipios y establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. *En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los concejos y demás autoridades locales competentes*". (Se subraya).

Artículo 274 ibídem:

"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".

Los textos legales transcritos establecen, con notoria claridad, que los contratos que celebren los municipios se rigen por dos clases de normas de distinta jerarquía; unas de orden legal que el legislador se quizo reservar para sí y que son una manifestación del principio de la centralización política y otras que pueden adoptar los municipios por las autoridades y con los procedimientos que la ley prevé, en ejercicio de la autonomía que les otorga la organización administrativia descentralizada; sobre estos principios, la ley definió los campos propios de las respectivas competencias para evitar confusiones y conflictos innecesarios; con este propósito estableció que pertenecen al terreno legal, y por lo tanto excluyó la competencia de los concejos, los temas relativos a la clasificación, definición (tipos) y efectos de los contratos; a las inhabilidades para contratar; a las cláusulas obligatorias; a los principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales; y a la responsabilidad de los funcionarios y contratistas (artículo 273 del Código de Régimen Municipal); las normas reguladoras de estas materias debe dictarlas el Congreso; pero, mientras tal cosa ocurre, regirán las disposiciones vigentes para la Nación y sus entidades descentralizadas (artículo 274, ibídem); en cambio, es del resorte de "los Concejos y de las demás autoridades locales competentes" el señalamiento y reglamentación de los requisitos para la formación, la adjudicación y celebración de los contratos; está vedado a la ley el tratamiento de estos temas.

Por este primer aspecto, pues, la razón está de parte de la sentencia de primera instancia y de nuestra colaboradora fiscal; en efecto, compete a los Concejos Municipales determinar los casos en los cuales el contrato deba estar precedido de procedimientos licitatorios públicos o privados, cuya

pretermisión genera la nulidad absoluta del contrato por desconocimiento de una formalidad esencial prevista en una norma de derecho público para que su celebración resulte jurídicamente válida; así lo sancionaba el literal e) del artículo 189 del Decreto-Ley 150 de 1976 y lo sanciona hoy el literal b) del artículo 78 del Decreto-Ley 222 de 1983, disposiciones legales aplicables a los contratos celebrados por los municipios según se vio antes.

Sin embargo, tal irregularidad no configura objeto ilícito como lo estima el concepto de la Fiscalía, sino el incumplimiento de una formalidad esencial impuesta por una norma de Derecho Público; en efecto, a términos del artículo 1517 del C.C. (aplicable por la expresa remisión del artículo 15 del Decreto-Ley 222), el objeto de un contrato consiste en *una o más cosas* que se trata de dar, hacer, no hacer, usar o tener; de modo que la ilicitud del objeto invalida los contratos debe referirse a *esas cosas* que constituyen su objeto y no a los procedimientos para su formación que constituyen un elemento distinto; en este caso, el objeto del contrato se concretaba en la ejecución de las obras para la construcción de la última etapa de conducción del acueducto de Toluviejo, suministro e instalación de dos equipos de bombeo para el mismo acueducto (cláusula primera), el cual no reviste ninguna ilicitud; de allí que el artículo 1741 del mismo C.C., haya previsto varias causas que invalidan absolutamente el contrato, a saber: el objeto ilícito; la causa ilícita; *"la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos"* y la incapacidad absoluta de las personas que los celebran.

B) Pese a lo dicho, razones probatorias impiden la declaración de la nulidad absoluta del contrato; en efecto, se sostiene que la norma aplicable en el proceso de su formación era el Código Fiscal del Departamento de Sucre, norma de carácter seccional que no se trajo al proceso; tampoco se adujo la norma local –si existe– que regula el procedimiento contractual en el Municipio de Toloviejo, circunstancia que impide al juzgador tomar en cuenta las referencias hechas por el *a-quo* en el fallo apelado. En efecto, la controversia doctrinal en torno de la necesidad o no de la prueba de las normas jurídicas que no tienen alcance nacional, fue zanjada en nuestro derecho por el artículo 141 del C.C.A. que dispone: "Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas (sic), o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente" y por el artículo 188 del C. de P.C. cuyo inciso 1o. ordena "El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte".

No existiendo, pues, la prueba correspondiente, la Sala no puede inferir la aplicación del Código Fiscal del Departamento de Sucre a los contratos del Municipio de Toloviejo ni la transgresión de sus preceptos.

C) La Sala estima, sin embargo, que el Municipio demandado no incumplió el contrato que origina esta controversia, razón por la cual la sentencia impugnada merece confirmarse.

En efecto, el demandante funda el presunto incumplimiento contractual del municipio en la circunstancia de que no le hubiese entregado el anticipo prometido; dicho anticipo se pactó, inicialmente, en un monto igual al 50% del valor total del contrato, según lo dice la cláusula quinta:

> "QUINTA –FORMA DE PAGO– El Municipio de Toloviejo pagará al contratista en la fecha en que se firme el presente Contrato un anticipo equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor estimado del mismo, o sea la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON 50/100 mcte. ($7.281.737.50) y el saldo restante a la entrega de las obras objeto de este contrato. ...".

Debe recordarse que el contrato se firmó el 3 de diciembre de 1986; el 12 de diciembre siguiente el auditor municipal formula, por primera vez, observaciones al contrato (folio 15 del cuaderno de pruebas), y, entre ellas, señala:

> "Según el artículo 105 del C. F. de Sucre, el Departamento, entidad con mejor capacidad económica, sólo autoriza el 25% del valor total del Contrato, y en este Contrato, objeto de esta situación, se le está dando el 50% al contratista".

Esta glosa dio lugar a que las partes pactaran un "OTRO SI", "por medio del cual se modifica la calusira (sic) quinta –forma de pagar–". en los siguientes términos:

> "Para ajustar el presente contrato a lo reglamentado por el código Fiscal de Sucre y ante la falta de claridad del Decreto Nacional 222/83 en este aspecto se fija el anticipo en un 25% del valor estimado del mismo o sea la suma de: Tres Millones Seiscientos Cuarenta Mil Ochocientos Sesenta y Ocho pesos con 75/100 mcte. ($3.640.868.75) y el saldo por actas parciales de acuerdo al avance de la obra. Así mismo se modifica la cláusula décima segunda sobre ajuste de precios en dondel (sic) Municipio de Toluviejo deberá pagar al Contratista los reajustes de acuerdo a los índices de incremento que presente Camacol Bolívar". (fl. 11 C. principal).

El contratista, sin embargo, no cobró el anticipo por la suma indicada en la modificación del contrato, sino que presentó la cuenta de cobro, primero por el 50%, y luego por la totalidad de su valor. Así lo expresa el auditor municipal en la parte final del oficio –queja que remitió al Gober-

nador del Departamento de Sucre, el 11 de febrero de 1987 (fl. 22 del cuaderno de pruebas).

"... Además, adjunta una resolución autorizando el pago del 25o/o del contrato en mención, *pero no adjunta la cuenta de cobro por ese valor* sino al 100o/o del contrato, o sea la suma de $14.563.475" (se subraya).

En el oficio que en la misma fecha se envía al Alcalde Municipal, reitera que "La resolución habla de un 25o/o de anticipo y no envía la cuenta por ese anticipo sino por el 100o/o" (fl. 24 C. de pruebas).

Otro tanto se desprende de la comunicación que el mismo funcionario remitió al Procurador Regional de Sincelejo el 13 de marzo de 1987 (fls. 25 y 26 ibídem) en la cual relaciona dos cuentas de cobro presentadas a su Despacho, ambas a favor de Aquiles Fontalvo Baquero: una por un valor de $14.563.475.oo y la otra por $7.281.737.oo.

Todo lo anterior indica que el demandante jamás tramitó la cuenta de cobro por el valor real del anticipo, es decir, el 25o/o del valor total del contrato que había celebrado con el municipio, conducta que le impide reprochar incumplimiento alguno a la entidad pública, la cual, sin el lleno de tal requisito no podía hacer desembolso alguno.

D) Más aún, los esfuerzos que hizo el Alcalde Municipal por cumplir con las obligaciones contractuales fueron tan grandes que pueden calificarse como excesivos y por fuera de lo previsto por las leyes. Para establecerlo, baste leer algunos de los oficios de observaciones del auditor municipal.

"Toluviejo, 12 de diciembre de 1986

PARA: Sr. ABRAHAM CHADID ALVAREZ – Alcalde:

DE: FRANCISCO LOPEZ SALCEDO – Auditor Municipal

REFERENCIA: DEVOLUCION CUENTA No. 195 SIN FECHA, CONTRATO 01 DE D/BRE 3/86, RESOLUCION No. 764 D/BRE 9 DE 1986, POLIZAS Y CUENTA DE COBRO DE ANTICIPO DE D/BRE 3/86 Y RESOLUCION MOTIVADA No. 001 DE D/BRE/86.

"Sr. Alcalde: Por no reunir los requisitos legales y fiscales contemplados en el Código Fiscal del Departamento de Sucre y en el Decreto Ley 222/83 y demás normas referentes a la contratación administrativa, como Auditor de este municipio, me permito hacerle devolución del Contrato y demás documentos de la referencia.

"A continuación le detallo las normas incumplidas:

"El no lleno de las formalidades expresadas en el Artículo 45 del Código Fiscal de Sucre.

"En caso de llenarse las condiciones del Artículo 39 del C.F. de Sucre, es necesario conocer la Resolución que motive dicha situación.

"Acta de la Junta de Hacienda (Art. 537 del mismo Código) en la cual mi persona debió asistir el día de la adjudicación.

"Según el Artículo 105 del C.F. de Sucre, el Departamento, Entidad con mejor capacidad económica, sólo autoriza el 25o/o del valor total del Contrato, y en este Contrato, objeto de esta situación, se le está dando el 50o/o al contratista.

"El no cumplimiento del Artículo 580, parágrafo 2o.

"En el Artículo 144 (A) (éste artículo está mal elaborado, debe ser 145 con el objeto de cumplir las normas de elaboración de presupuesto) que yo sepa, no tiene disponibilidad de recursos económicos, por lo tanto este gasto no se puede hacer sopena de caer en peculado.

"Por todas las consideraciones anteriores, hago devolución de la Cuenta y demás documentos que Ud. me ha enviado.

"Espero llene todas las formalidades legales fiscales y esta oficina le dará curso a la Cuenta objeto de esta situación.

"Atentamente,

"FRANCISCO LOPEZ SALCEDO – Auditor Municipal.

cc: Dr. Ciro Hernández Osorio, Contralor Departamental." (fl. 15 C. de pruebas).

"Oficio 016

"Toluviejo diciembre 22 de 1986

"SEÑOR
ABRAHAM CHADID ALVAREZ
ALCALDE MUNICIPAL
E.S.D.

"Por medio de la presente me permito devolverle toda la documentación enviada con su oficio número 187 de diciembre 17 del presente mes por

no reunir los requisitos citados en el memorando que le enbíe (sic) el 12 de diciembre pasado.

"De acuerdo a la ley 1o. de 1982 Art. 5o. y el Art. 1o. del Decreto Ley 222 de 1983 los Departamentos y Municipios se rigen por sus propias normas fiscales que en nuestro caso es el código fiscal de Sucre, para agregar más a esta controversia le digo que en lo referente a cuantías del Decreto 222/83 no es aplicable en el Departamento ni en los Municipios por lo tanto lo invito a embiar (sic) este contrato a la máxima autoridad en cuestiones administrativas como lo es el Tribunal Contencioso Administrativo y acataré su fallo.

Atte.

"Francisco López Salcedo"

(fl. 16 C. de pruebas).

"Toluviejo: enero 2 de 1987

"Señor Dr:
"José Barrios Salcedo
Asesor Jurídico del Departamento
E.S.D.

"Apreciado Doctor:

"La presente tiene como fin pedirle una pronunciación jurídica sobre el contrato que le adjunto, como también le haré un recuento sobre los hechos que se han venido sucediendo desde el primer momento en que llegó a mis despacho dicho contrato.

"Adjunto a usted los siguientes oficios:

"1o.) Oficio No. 179 de fecha diciembre 9 de 1986 haciendo salvedad que las cotizaciones de que habla el señor Habrán (sic) Chadid, en dicho oficio, no vinieron con la dócumentación a que hace referencia el mismo.

"2o.) Memorando de fecha 12 de diciembre de 1986, por medio del cual yo le especifico al señor Alcalde la nulidad de dicho contrato por violar las normas del Código Fiscal de Sucre.

"3o.) Oficio No. 185 de fecha 15 de diciembre de 1986, en el cual el señor alcalde hace mención de una resolución motivada en la cual me dice que recibió autorización del concejo, para contratar la terminación de la obra del Acueducto.

"Señor Asesor Jurídico, yo he venido por medio de mis oficios citándole al señor Alcalde los arts. que violan el contrato en mención, en este oficio el señor Habrán (sic) Chadid, dice que el Decreto 222 no habla de anticipo en este caso el señor Alcalde tiene la razón pero el decreto 222 se refiere únicamente a la forma de contrato administrativo, esta misma norma establece que la celebración de estos contratos se deben aplicar normas del código fiscal del Departamento y este estatuto perceptúa (sic) en lo referente al porcentaje del anticipo para el contratista un 25o/o y no un 50o/o como lo estipula el contrato que trata de celebrar el señor Alcalde.

"4o.) Oficio 188 en el cual el señor Alcalde hace mención de normas constitucionales que según él le dan facultades para firmar dicho contrato pero ese no es el fundamento de la controversia sí el señor Alcalde habla de asonada esto no deja dicho que el Concejo Municipal le de facultades para violar normas Departamentales y Municipales.

"5o.) Resolución No. 001 en la cual el señor Alcalde hace referencia de todos los cotizantes de la obra en mención. Señor Asesor Jurídico en esta resolución el señor Alcalde tiene varias fasedades (sic).

"a) La Ferretaría Los Acueductos de medelín (sic) Ltda, no ha sido invitada a licitar según comunicación original que adjuntó.

"b) El señor Alcalde en la resolución en mención habla sobre el acuerdo del honorable concejo que lo autoriza para contratar la terminación de la obra del Acueducto da una fecha falsa del acuerdo copia del cual le adjunto como también la fecha de la resolución se anticipa a la fecha del mismo acuerdo la cual también le estoy adjuntando.

"c) En cuanto a los licitantes, por comunicación verbal del ingeniero Luis Alberto Zucardi, para con mí persona me dijo que la mejor propuesta es la de él la cual no se anexó a la documentación de la cual le estoy haciendo referencia.

"d) Cuenta de cobro por valor de siete millones doscientos ochenta y un mil setecientos treinta y siete ($8.281.737.oo) pesos M/cte, como anticipo del contrato en mención; señor Asesor Jurídico, en el proceso de legalización de la cuenta en mención se utilizaron medios de amenaza para mi subalterna revisora fiscal de la Auditoría, para que revisara y bajara el libro de presupuesto de mi oficina; yo en ningún momento he autorizado que la cuenta en mención sea revisada por las razones antes expuestas.

"Atentamente,

C.C. Contraloría Departamental
C.C. Secretaría de Gobierno Departamental

C.C. Alcaldía Toluviejo.
C.C. Archivo."
(fls. 17 a 18 C. de pruebas).

"Toluviejo, 11 de febrero de 1987

"Doctor
NELSON MARTELO MARTELO
"Gobernador de Sucre
E.S.D.

"Distinguido Doctor:

"De la manera más atenta me dirijo a Ud. como Auditor Fiscal de este municipio, con el fin de ponerle en conocimiento los hechos que se han venido sucediendo en la adjudicación de la obra de terminación del acueducto de esta comarca.

"Su subalterno Abraham Chadid, ha enviado a mi despacho cuatro veces el contrato de la obra en mención, firmado entre el Señor Alcalde y el ingeniero Aquiles Fontalvo Baquero, y se le ha devuelto por no llenar los requisitos contemplados en el Código Fiscal de Sucre y del Decreto Ley No. 222 del año 1983, viéndome abocado (sic) a utilizar el concepto jurídico del asesor de la Gobernación, el cual dio respuesta favorable a los fundamentos que le he expuesto como violatorios de las normas legales y fiscales del departamento y la nación.

"Se hizo una reunión entre el señor Secretario de Gobierno, el Asesor Jurídico, el señor Alcalde y mi persona en su Despacho con el fin de dirimir este problema, y se le ordenó al Alcalde abrir la licitación pública para realizar la obra y dicha orden la ha desconocido, pues el día 6 de los corrientes envía el Contrato por quinta vez tratando de subsanar los errores cometidos y continúa cometiendo más errores, ya que para evadir la licitación pública declara en calamidad pública a la cabecera del municipio con un Acta de Hacienda posterior a la polémica sucitada (sic) de este contrato y tratando de acogerse a una de las normas que yo le venía recalcando como el artículo No. 39 del Código Fiscal de Sucre. Además, adjunta una Resolución autorizando el pago del 25o/o del Contrato en mención, pero no adjunta la Cuenta de Cobro por ese valor sino el 100o/o del Contrato, o sea la suma de $14.563.475.oo.

"Señor Gobernador: No entiendo por qué el señor Alcalde es renuente a abrir la licitación pública, parece que hubieran (sic) intereses creados.

"Señor Gobernador: En sus manos dejo la solución a este problema para bien de la comunidad.

"Atentamente,

"FRANCISCO LOPEZ SALCEDO

c.c. Contralor Departamental
c.c. Secretario de Gobierno Departamental
Anexo copia del oficio en el cual le hago devolución por 5a. vez, del Contrato."

(fl. 22 C. de pruebas).

"Toluviejo, 11 de febrero de 1987

"Señor
ABRAHAM CHADID ALVAREZ
Alcalde Municipal
E.S.D.

"REF: Devolución del Contrato de ampliación del Acueducto.

"Usted es una persona obstinada en violar las leyes y Decretos Nacionales, Ordenanzas y acuerdos y quiere que mi persona también lo haga.

"Utilizamos la vía Jurídica y los fundamentos por los cuales reiteradamente le he devuelto este Contrato los ha corroborado el concepto del Asesor Jurídico de la Gobernación, y usted no lo acata.

"La sed de los habitantes de Toluviejo es prehistórica sufrida por nuestros antepasados y por la actual generación. Y en su carta pública como acto de demagógia habla de que nuestro pueblo no es capaz de aguantar 120 días de sed, ahora, usted se ha inventado la estrategia para no solicitar públicamente, que sería lo más recomendable para el bien de nuestro pueblo, de declarar la calamidad pública en la cabecera municipal; y los diferentes estamentos de la población desconocen esa calamidad inventada por usted y sus acólitos.

"Señor Alcalde: Si usted desconoce el significado de calamidad pública, me permito explicarle que esta situación sucede cuando hay eventos incontrolables de la naturaleza como movimientos sísmicos, tempestades, huracanes, inundaciones, etc., ¿dígame cuando ha sucedido esto en Toluviejo?

"Los hechos narrados anteriormente producen roturas en las conducciones de agua potable, aguas negras, redes, eléctricas, destrucción de edificios, etc., y sobrevienen epidemias.

"Señor Alcalde los hechos anteriores fundamentan la declaratoria de emergencia sanitaria produzca esos eventos naturales y solícitamente le tramito este contrato y todos los que envíe a esta Oficina. (sic)

"Esa Acta de Junta de Hacienda en la cual no interviene carece de seriedad pues uno no puede inventar hechos que no han sucedido y les agradezco que sean más responsables y serios con la comunidad pues a las gentes no se les puede engañar.

"Al declararse la emergencia sanitaria tiene que intervenir la Seccional de Salud Pública, la Gobernación, Emposucre, el Ministerio de Salud y el Gobierno Nacional; esto da pie para más demora que la que usted alega en su carta pública para hacer la Licitación.

"Señor Alcalde, usted cada vez va de error en error, pues me envía el mismo contrato, que le he devuelto tratando de corregir los errores por los cuales se los devuelvo, ahora anexa la Resolución No. 855 del 86 ó del 87 y las enmendaduras reflejan que fue hecha posteriormente a cuando se inició la polémica de este Contrato y esto es delicado porque puede conllevar a una investigación penal. La Resolución habla de un 25o/o de anticipo y no envía la Cuenta por ese anticipo sino por el 100o/o.

"Le solicito comedidamente se sujete al concepto jurídico pues me voy a ver obligado a través (sic) de un abogado, a enviar el Contrato al Honorable Tribunal Contencioso Administrativo.

"Atentamente,

"FRANCISCO LOPEZ SALCEDO
Auditor Municipal"
(fls. 23 a 24 C. de pruebas).

Como se puede advertir, los problemas que tuvo el contrato se suscitaron en el despacho del auditor municipal, funcionario que, a pesar de su denominación, es del orden departamental; en efecto, si Toluviejo tuviese su propia contraloría, el control fiscal estaría ejercido por el Contralor y no por otro funcionario; esto indica que, por aplicación de los artículos 304 y 305 del Código de Régimen Municipal, el control fiscal era ejercido por la Contraloría del Departamento de Sucre, razón por la cual el funcionario delegado remitía copia de sus observaciones a su superior jerárquico.

E) Se dijo antes –y se repite ahora– que las actuaciones cumplidas por los empleados del municipio en relación con este contrato resultan altamente sospechosos; la Sala no encuentra explicación, por ejemplo, para que se declare la emergencia sanitaria con el propósito de eximir del trámite de lici-

tación pública a un contrato ya celebrado. Por consiguiente, como estas conductas pueden haber infringido la ley, el Tribunal compulsará copias a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación de rigor.

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:

En razón de los motivos aquí expresados, SE CONFIRMA el fallo apelado.

Envíese copia a la Procuraduría General de la Nación – Contratación Administrativa para que adelante la investigación correspondiente de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TRANSACCION– Improcedencia/**PATRIA POTESTAD/DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS**

Aunque, en principio, quien ejerce la patria potestad tiene la libre disposición de los bienes muebles del menor y restricciones en cuanto a los inmuebles (licencia judicial para enajenarlos o hipotecarlos) frente a la transacción de derechos que puedan reputarse muebles (el derecho a ejercitar una acción indemnizatoria, por ejemplo) quien ejerza la patria potestad no podrá transigir por sus representados como tampoco puede hacerlo su guardador. En la carta constitucional que nos rige desde 1991 existe un principio rector que deberá gobernar la interpretación de las normas que se expidan para la protección de los derechos de los niños, entendiendo por éstos, en términos generales, los menores de edad.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA–Vehículo Oficial

El accidente mortal se produjo por el pésimo estado de sostenimiento en que se encontraba el vehículo oficial, en especial, en su sistema de frenos. No se desplaza la responsabilidad de la persona pública al daño del taller de reparaciones, porque el accidente no se produjo dentro de sus instalaciones, sino antes de ingresar a las mismas. El hecho de que en ese momento estuviera conducido por un operario del taller no cambia el enfoque, porque el responsable del vehículo se lo había entregado a aquél y venía acompañándolo. Esa conducta irregular de la administración constitutiva de falla presunta, y que también pudo manejarse con base en los principios de la falla del servicio ordinaria (falla probada), produjo serios perjuicios a los hijos menores del occiso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C. febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6520. Indemnizaciones. Actor: Heriberto Ramírez y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, con la adhesión de la parte actora, contra la sentencia de 28 de noviembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Quindío, mediante la cual se dispuso:

"1o. DECLARASE NO PROBADA la excepción denominada por la parte demandada "FALTA ACREDITAR REPRESENTACION DEL DEMANDADO", por lo que se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

"2o. DECLARASE PROBADA PARCIALMENTE, la excepción denominada "INSUBSISTENCIA DEL DAÑO", que no es otra que la excepción de pago, propuesta por la parte demandada, por lo que se dejó expuesto en la parte motiva anterior.

"3o. Declárase a la Corporación Autónoma Regional del Quindío administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales y morales, ocasionados a los menores JULIO CESAR Y JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA (hijos), HERIBERTO RAMIREZ GOMEZ Y MARGARITA VILLALBA DE RAMIREZ (padres), y ROSALBA RAMIREZ DE GONZALEZ y EULALIA RAMIREZ DE ROJAS (hermanas), con la muerte de su padre, hijo y hermano JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA, ocurrida el dieciseis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en esta ciudad de Armenia, Quindío.

"4o. Consecuencialmente, se condena a la Corporación Autónoma Regional del Quindío, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

"a) Para los menores JULIO CESAR Y JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA, representados en este proceso por su señora madre María Gladis Cardona, por concepto de perjuicios morales con ocasión de la muerte de su padre, JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA, se les pagará el equivalente a UN MIL GRAMOS (1.00o grs.) DE ORO, para cada uno, de acuerdo con la certificación que sobre el precio de metal, expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"b) Para los señores HERIBERTO RAMIREZ GOMEZ y MARGARITA VILLALBA DE RAMIREZ, por concepto de perjuicios morales con oca-

sión de la muerte de su hijo, JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA, se les pagará el equivalente a UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO, para cada uno, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal, expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"c) Para las señoras ROSALBA RAMIREZ DE GONZALEZ y EULALIA RAMIREZ DE ROJAS, por concepto de perjuicios morales con ocasión de la muerte de su hermano, JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA se les pagará el equivalente a QUINIENTOS GRAMOS (500 grs.) DE ORO, para cada una, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal, expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"5o. Condénase en abstracto a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO, a pagar a los menores demandantes JULIO CESAR y JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA, representados legalmente por su señora madre María Gladis Cardona, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, correspondiente al período vencido o consolidado, que sufrieron con ocasión del fallecimiento de su padre. La liquidación se hará mediante el trámite incidental autorizado por el art. 172 del C.C.A. en concordancia con el art. 137 del C.P.C. para lo cual se atenderán estrictamente las pautas señaladas en esta providencia.

"6o. Condénase a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO, a pagar a los menores demandantes, JULIO CESAR y JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA, representados legalmente por su señora madre María Gladis Cardona, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, correspondiente al período futuro, que sufrieron con ocasión del fallecimiento de su padre, las siguientes sumas de dinero:

"a) Para el menor JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA, la suma de $392.200.oo M.cte.

"b) Para el menor JULIO CESAR RAMIREZ CARDONA, la suma de $482.200.oo M.cte.

"7o. De la suma que se concrete en el incidente posterior por concepto de perjuicios materiales, se descontará a cada uno de los menores, la suma de $250.000.oo, teniendo en cuenta que la Compañía de Seguros "LA PREVISORA S.A." reconoció y pagó un total de $500.000.oo como indemnización, con destino a dichos menores.

"8o. Las sumas de dinero que se ordena pagar a los menores JOHN JAIRO y JULIO CESAR RAMIREZ CARDONA, por los diferentes

conceptos anotados en esta providencia, devengarán intereses comerciales durante el término de seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de esta fecha.

"9o. Sin costas en esta instancia.

"10. Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el superior.

"11. En firme esta providencia, háganse las comunicaciones del caso para su efectivo cumplimiento.

"12. En su oportunidad, archívese el expediente".

Los hechos narrados en esa demanda de 15 de marzo de 1990, según la síntesis de la fiscalía, fueron los siguientes:

"1o.– La Corporación Regional del Quindío creada por medio de la ley 66 de 1964, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, era propietaria del Campero, marca Land Rover, modelo 1969, color verde y marfil, motor E 519106787 de Placas OW-3084 de servicio oficial por Hernando Díaz Díaz adscrito a su nómina en calidad de Guardabosques.

"2o.– Por desperfectos mecánicos hubo necesidad de guardar el campero adscrito antes en el parqueadero y el 16 de marzo de 1988 se llamó al Taller donde laboraba Luis Fernando García quien se trasladó a revisar el vehículo y consideró después de un somero examen que debía trasladar el automotor a un taller.

"3o.– El conductor de la Corporación facultó al mecánico para conducirlo y ambos mecánicos y conductor oficial, se dirigieron en el campero al taller, pero a la altura de la calle 20 entre 18 y 19, el mecánico habilitado de conductor perdió el control del vehículo atropellando a Joaquín Ramírez Villalba ocasionándole lesiones que produjeron su muerte".

El tribunal para tomar la decisión, luego de acertar como bien probada la falla de la entidad pública demandada y el nexo causal entre esa falla y el perjuicio alegado por los demandantes, deniega las excepciones propuestas y no le concede mayor relevancia a la de "insubsistencia del daño", sino que solo ordena descontar del total de la indemnización lo pagado por la Previsora, que asciende a la suma de $500.000.oo.

Descontenta la parte demandada con la sentencia, interpuso contra ella el recurso de apelación. Aunque la actora no apeló directamente sí presentó apelación adhesiva.

En su escrito de sustentación del recurso, la entidad demandada insiste en que la actora debió probar adecuadamente su representación (la de la persona pública); y que, además, debió el tribunal declarar probada la excepción de pago, en toda su extensión.

Por su lado, el adherente de la apelación manifestó su inconformidad frente al siguiente extremo del fallo: "estas sumas deberán pagarse en forma anticipada, sin que haya lugar a intereses compensatorios ni a corrección". Estima que, en su lugar, se debe aplicar la jurisprudencia sobre la actualización de las condenas, con base en la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor, entre las fechas de causación del daño y la ejecutoria de la sentencia.

Tramitada la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal octava de la corporación la sentencia apelada merece ser revocada. Así en su concepto de 11 de octubre de 1991 (a folios 334 y siguientes) arguye, en lo pertinente:

> "En estas circunstancias, hay que concluir como lo hizo la Fiscal de primera instancia, que no debe accederse a las pretensiones de la demanda por no haberse configurado la falla en el servicio.
>
> "En efecto, si bien el vehículo con el cual se atropelló al señor Joaquín Ramírez Villalba, era de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, el mismo no era conducido en ese momento por persona que tuviera vinculación con aquella, pues como quedó establecido lo conducía el mecánico del taller Autotodos, donde se llevaban los vehículos de la Corporación a reparación. Desde el momento en que se puso en conocimiento del taller la avería del vehículo, hasta cuando ocurrió el accidente éste estaba bajo su responsabilidad.
>
> "Si la muerte de Joaquín Ramírez Villalba como se afirma en la demanda obedeció a la inexperiencia del mecánico Luis Fernando García, ya que era menor de edad, no poseía licencia de conducción y al defectuoso estado del vehículo, estos hechos no se le pueden imputar a la administración, sino al taller que lo tenía a su servicio y el cual como se explicó era el responsable del vehículo, por la orden expresa dada por el señor Oscar Zuluaga Loaiza encargado del mantenimiento de los automotores de la entidad demandada.
>
> No se puede deducir como lo hizo el tribunal, que la responsabilidad del taller se circunscribe al sitio donde opera y comienza desde el momento en que el vehículo entra a reparación, porque en este caso, el vehículo estaba averiado en otro lugar y por esta razón el mecánico se

desplazó allí donde tenía que examinar las condiciones en que se encontraba, y como ya estaba por cuenta del taller, era su empleado quien tenía que llevarlo. Además, si el vehículo debía ser transportado en una grúa dada las condiciones en que se encontraba, no lo podía decidir la administración por medio de su agente, sino el mecánico quien era la persona que por su profesión tenía conocimiento sobre la materia".

Por su lado, el señor apoderado de la parte actora hace importantes reflexiones en torno a la posición de la parte demandada, y en especial en lo que toca con la excepción propuesta de "insubsistencia del daño". (a folios 308 y siguientes)

Para la sala, la sentencia será confirmada parcialmente, ya que existe dentro del proceso una excepción que merece especial trato y que tiene alcances superiores a los que le reconoció el *a-quo*, como se verá luego.

La acción de reparación directa por hechos u omisiones dirigida contra la entidad pública era y es la apropiada. Esta es un establecimiento público del orden nacional y como tal enjuiciable ante la jurisdicción administrativa (artículos 131 y 132 numerales 10 del C.C.A.). Se acreditó la representación de la misma en cabeza de su director general; y aunque así no hubiera sucedido, no habría cambiado la situación planteada, porque por expreso mandato de la ley (artículo 139, inciso 5o. ibídem) no se requiere probar ni la existencia ni la representación legal de tales entes (artículo 139, inciso 5o. del C.C.A.).

Además, se pide que se declare su responsabilidad por hechos que configuran una falla del servicio y que causaron un serio perjuicio a los demandantes.

Asimismo las partes están legitimadas, tanto por activa como por pasiva, y demostraron su interés en la causa.

La parte demandada al contestar la demanda formula dos excepciones, una de las cuales, la no demostración de la representación del ente demandado, fue bien estudiada por el *a-quo* y ni siquiera alcanzaba a configurar técnicamente una excepción, por el mandato legal mencionado atrás (artículo 139 inciso 5 del C.C.A.).

La otra excepción, llamada antitécnicamente la insubsistencia del daño, aparece formulada en los siguientes términos:

"Los señores ELIBERTO RAMIREZ GOMEZ, MARGARITA VILLALBA DE RAMIREZ y MARIA GLADYS CARDONA, actuando en nombre propio los primeros, y en representación de sus hijos menores la última, quienes aparecen como demandantes en este proceso, han sido

legalmente indemnizados de todos los perjuicios que se les causaron con el accidente, desde abril de 1989; según consta en desistimiento que suscribieron ante notario público y en que afirman expresamente:

" "En consecuencia, debo manifestar que desisto de toda acción o reclamación que pudiera derivarse a consecuencia de este accidente, por lo tanto declaro *A PAZ Y SALVO* a la Previsora S.A. Compañía aseguradora, *A LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO*, y al señor LUIS FERNANDO GARCIA." "

Esta excepción fue resuelta por el *a-quo* de la siguiente manera:

"En el escrito de constestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada propone la excepción de INSUBSISTENCIA DEL DAÑO, que no es otra que la excepción de pago y pretende el demandado eximirse completamente de una eventual indemnización por el pago que la Compañía de Seguros "La Previsora S.A." hiciera a los menores reclamantes. Pero esto no es del todo cierto, porque como quiera que existió el daño, la indemnización debe ser la que decrete este Tribunal acorde con las normas y la jurisprudencia vigentes, descontando lo que la Compañía de Seguros entregó como indemnización el 21 de abril/89 para los menores reclamantes a su madre María Gladis Cardona, prosperando en parte la excepción de pago propuesta en la contestación de la demanda".

Para la sala la excepción propuesta amerita un mejor trato, como pasa a explicarse:

Obran en el expediente copias autenticadas de dos documentos, en los cuales, en el primero (al folio 4 del C. No. 2) Heriberto Ramírez Gómez y Margarita Villalba de Ramírez, "obrando en nuestro propio nombre y en el de los nietos menores John Jairo y Julio César Ramírez Cardona, manifestamos:

"Que nuestro hijo y padre de los menores arriba señalados señor JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA (Q.P.D.) fallecido el 16 de marzo de 1989 a consecuencia del accidente de tránsito causado por el campero LAND ROVER de placa OW-30 84 de propiedad de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO conducido por el señor LUIS FERNANDO GARCIA y asegurado en la COMPAÑIA DE SEGUROS LA PREVISORA, que estamos de acuerdo en que la señora MARIA GLADYS CARDONA madre legítima y tutora de nuestros nietos efectúe la reclamación y arreglo formal que ha ofrecido la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. relacionado con el pago de la indemnización por la muerte de nuestro hijo.

"En consecuencia desistimos de toda acción o reclamación que pudiera derivarse a consecuencia de este accidente y por lo tanto retiramos el poder dado al abogado WILLIAM FRANCO AGUDELO identificado con la Tarjeta Profesional (Licencia Temporal No. 0240 del T. S.) y cédula No. 7.529.529 de Armenia firmado por nuestras partes el 12 de mayo de 1988, ya que nuestro apoderado no ha iniciado el proceso y los directos herederos han efectuado la transacción con la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO y el señor LUIS FERNANDO GARCIA, declarándolos a paz y salvo".

Y en el segundo documento, la señora María Gladys Cardona, en su carácter de madre legítima y tutora de los menores Julio César y John Jairo Ramírez Cardona, hijos reconocidos de Joaquín Ramírez Villalba" ... manifestó:

"Que el vehículo a que hago referencia se encuentra asegurado en la COMPAÑIA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A. mediante la póliza AU-1830 y por tal motivo he llegado a una transacción con la compañía mediante el reconocimiento de una indemnización por la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/Cte. ($500.000.oo), ya que los hijos dependían económicamente de él.

"En consecuencia debo manifestar que desisto de toda acción o reclamación que pudiera derivarse a consecuencia de este accidente, por lo tanto declaro a paz y salvo a la PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL QUINDIO y al señor LUIS FERNANDO GARCIA".

Revelan los documentos que entre los demandantes citados y la Previsora S.A. la Corporación Autónoma Regional del Quindío (demandada) y el señor Luis Fernando García se celebró un contrato de transacción comprensivo de los daños y perjuicios causados a aquéllos con la muerte en accidente de tránsito del señor Joaquín Ramírez V. producido con vehículo de propiedad de la citada corporación.

Los documentos transcritos contienen el convenio de transacción efectuado entre las partes. Y la sala la da mérito al primero en relación con las pretensiones indemnizatorias de las personas mayores de edad que intervinieron en la celebración del mismo, o sea Heriberto Ramírez Gómez, Margarita Villalba de Ramírez y María Gladys Cardona. Frente a ellas no cabe duda de su capacidad para transigir, para precaver un litigio eventual en aquel entonces (artículos 2469 y 2470 del C.C.). Además, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia y no existe constancia alguna que se hubiera pedido la nulidad de ese contrato, en los términos del artículo 2483 ibídem.

Pero si bien, en virtud de ese arreglo que tiene el efecto de cosa juzgada, las citadas personas carecen de interés en el presente proceso, porque por su voluntad declararon a paz y salvo a la entidad pública demandada, no sucede igual con los derechos que reclaman los menores y las hermanas del señor Ramírez Villalba, como pasa a explicarse:

Aunque en el segundo documento transcrito, en lo pertinente, la señora María Gladys Cardona dice actuar a nombre de los menores como madre legítima y tutora, hay que concluir que existe en este enunciado un error de técnica jurídica porque equivale a aceptar que ejerce la patria potestad sobre sus hijos, por ser la madre de éstos, y que además es tutora por orden judicial. Ese doble papel no existe en la legislación colombiana en relación con la misma persona y es obvio que se entienda sólo en ejercicio de aquélla.

Aunque, en principio, quien ejerce la patria potestad tiene la libre disposición de los bienes muebles del menor y restricciones en cuanto a los inmuebles (licencia judicial para enajenarlos o hipotecarlos) frente a la transacción de derechos que puedan reputarse muebles (el derecho a ejercitar una acción indemnizatoria, por ejemplo) quien ejerza la patria potestad no podrá transigir por sus representados como tampoco puede hacerlo su guardador.

La conclusión precedente se deriva no sólo de la ley, sino del espíritu general de la legislación, la que desde el siglo pasado ha mostrado una clara tendencia protectora de sus derechos. Orientación que hoy se pone más de relieve, ya que la nueva carta constitucional impone expresamente esa especial protección y obliga a todas las autoridades a velar por sus derechos (artículo 44 de la Constitución Nacional).

El mismo código civil en su artículo 2475 trae un mandato especial y, por ende, prevaleciente sobre el régimen general regulador de la patria potestad en cuanto a administración y disposición de bienes del menor, ya que impide la transacción "sobre derechos ajenos". Esta norma debe armonizarse con el 2470, el que en forma expresa dispone que "no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

El código de procedimiento civil reafirma esta misma idea al regular la transacción y el desistimiento como formas a normales de terminación de los procesos (artículos 340 y siguientes y 342 y siguientes), y permite sacar estas conclusiones:

a) Si no pueden desistir de una demanda los incapaces ni sus representantes legales o curadores sin que medie licencia judicial (artículo 343 numerales 1 y 2), no podrán transigir de la demanda las mismas personas, porque los efectos procesales, en principio, son los mismos y son similares las

consecuencias sustantivas que para los derechos de las partes se derivan tanto de una figura como de la otra.

b) Si para desistir o transigir dentro de un proceso ya iniciado por parte de los menores se requiere la licencia judicial, no se ve cómo antes del proceso y para precaver ese mismo litigio, el representante legal de esos menores pueda hacerlo con absoluta libertad. Si así fuera, los derechos de los menores no tendrían protección sino dentro de los procesos y no por fuera de ellos y esa no es ni ha sido la voluntad de la ley.

c) La interpretación de las normas del código civil que regulan el manejo de los bienes del menor debe hacerse no con los criterios de la época (siglo pasado) sino con los actuales en los que se superó el aforismo "*res movilis res vilis*", para sostener casi el principio contrario. Recuérdese que en la época de expedición del código civil el énfasis en la protección de la propiedad inmueble nacía del hecho de que la riqueza por excelencia era la que estaba representada en bienes raíces, ya que a los muebles se les daba poca importancia económica y se les consideraba sin mayor valor patrimonial.

De allí que la especial protección que debe brindársele a los bienes del menor no puede olvidar la trascendencia y la significación económcia que actualmente tienen los derechos muebles (acciones, títulos valores, dinero, semovientes, divisas extranjeras, equipos automotores, etc. etc.).

En la carta constitucional que nos rige desde 1991 existe un principio rector que deberá gobernar la interpretación de las normas que se expidan para la protección de los derechos de los niños, entendiendo por éstos en términos generales los menores de edad. Se transcribe a continuación dicha norma, cuya elocuencia y alcances no pueden desconocerse con interpretaciones meramente literales de la legislación preexistente. Aunque el código del menor o decreto 2737 de 1989 fue anterior a la carta constitucional, ya se observa en él la especial protección que requiere el menor en sus aspectos físicos, morales y materiales y se ajusta bien a las previsiones del antecitado artículo 44.

Reza esta norma constitucional:

> "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

Aplicados los principios que se dejan expuestos a los documentos contentivos de la transacción, hay que concluir que frente a los mayores que intervinieron en dicho negocio jurídico, no hay nada que objetar. Pero frente a los menores, el contrato es inoponible, porque la madre de éstos no podía transigir el derecho a pedir una indemnización a la Corporación Autónoma Regional del Quindío por la muerte de su padre. Prevalece así el derecho de los menores sobre la facultad o los derechos de quien en ejercicio de la patria potestad transigió sobre aquél. Tampoco se comprobó que los abuelos tenían la representación de sus nietos y que, por ende, estaban facultados para obrar a nombre de ellos.

Por lo expuesto, la excepción de transacción no será declarada sino frente a la señora María Gladys Cardona, a Heliberto Ramírez Gómez y Margarita Villalba de Ramírez. No obstante esto, para evitar un enriquecimiento sin causa, del total de la indemnización a favor de los menores deberá descontarse la suma de $500.000.oo, recibida como consecuencia de la transacción estudiada.

Visto lo anterior se observa:

Para la sala, asiste la razón al *a-quo* cuando declaró probada la responsabilidad del ente demandado e impuso la condena de éste.

El análisis probatorio es correcto y dejar ver que el accidente mortal se produjo por el pésimo estado de sostenimiento en que se encontraba el vehículo oficial, en especial, en su sistema de frenos. No se desplaza la responsabilidad de la persona pública al dueño del taller de reparaciones, porque el accidente no se produjo dentro de sus instalaciones, sino antes de ingresar a las mismas. El hecho de que en ese momento estuviera conducido por un operario del taller no cambia el enfoque, porque el responsable del vehículo se lo había entregado a aquél y venía acompañándolo. Tampoco debe olvidarse que el conductor oficial, al permitir que un menor de edad sin licencia hiciera las labores de conducción, incurrió en culpa y agravó así el pésimo estado de mantenimiento que traía el automotor en su sistema de frenos. En vez de darse ese desplazamiento en la responsabilidad, los hechos muestran otro responsable, el que, para el caso, sería solidario.

El acervo probatorio respalda las anteriores afirmaciones y permite a la sala confirmar la calificación de responsabilidad hecha por el *a-quo*.

Esa conducta irregular de la administración constitutiva de falla presunta, y que también pudo manejarse con base en los principios de la falla del servicio ordinario (falla probada), produjo serios perjuicios a los hijos menores del señor Joaquín Ramírez Villalba. Perjuicios de carácter moral y material.

Por lo demás, la entidad demandada no demostró causal exculpativa de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Sobre la condena por daños morales no tiene la sala que objetar. Aplicó el *a-quo* la orientación de la jurisprudencia y deberá mantenerse. La suma de 1.000 gramos oro para cada uno de los menores se estima suficiente para resarcir el dolor o la aflicción que sufrieron.

Frente a los materiales, la sala discrepa del *a-quo*, pero no por el hecho mismo de la condena sino por la forma de su evaluación, la que curiosamente liquida en abstracto la indemnización vencida y en concreto la futura. Los menores tendrán derecho a esa indemnización, pero su liquidación, que será en su totalidad en concreto, tomará como base la suma que los testigos declaran destinada mensualmente el padre para el sostenimiento de sus hijos, o sea $12.000.oo; vale decir, $6.000.oo para cada uno. Aunque la cifra parezca exigua, hay que tener en cuenta la actividad humilde que cumplía en vida el señor Joaquín Ramírez, o sea la de cotero, cuya remuneración no excede ordinariamente del salario mínimo fijado por la ley para el sector informal de la economía.

La indemnización cubrirá los dos períodos (uno vencido y otro futuro), pero no podrá extenderse sino hasta la mayoría de los menores demandantes, como lo dispuso el *a-quo*. Como lo pide la demanda la suma señalada atrás como ingreso que los menores dejaron de percibir mensualmente deberá actualizarse en la forma acordada por la jurisprudencia, o sea con apoyo en los índices de precios al consumidor certificados por el Dane.

Se probó adecuadamente la relación de parentesco existente entre el señor Ramírez Villalba y sus hijos John Jairo y Julio César (ver a este respecto las copias de las partidas del estado civil y los registros que obran a folios 9, 11, 12, 13, 14 y 15 del cuaderno principal).

Con las bases dadas y teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor certificados por el Dane, la liquidación de los perjuicos será la siguiente:

INDEMNIZACION DEBIDA:

JULIO CESAR RAMIREZ CARDONA:

n = marzo 16/88 a febrero 16/92 = 3 años 11 meses = 47 meses

Ingresos (R) = $6.000.oo

Indices: enero/92 = 219.13
marzo/88= 86.52

$$Ra = R \times \frac{\text{ind. f}}{\text{ind. 1}} = 6.000 \times \frac{219.13}{86.52} = 15.196.$$

i = 0.004867

$$S = Ra \ \frac{(1+i)^n \ 1}{i} = \frac{15.196\ (1.004867)^{47} - 1}{0.004867}$$

$$S = 15.196 \times \frac{0.2563292}{0.004867} = 15.196 \times 52.666776$$

S = $800.324.

JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA:

Igual suma a la de su hermano, o sea S = $800.324.

INDEMNIZACION FUTURA:

JULIO CESAR RAMIREZ CARDONA:

Fecha nacimiento: marzo 27/78

Fecha mayoridad: marzo 27/96

n = febrero/92 a marzo/96 = 4 años 1 mes = 49 meses

Ingreso = $15.196.

$$S = Ra \ \frac{(1+i)^n - 1}{i\,(1+i)^n} = \frac{15.196\ (1.004867)^{49} - 1}{0.004867\ (1.004867)}$$

$$S = 15.196 \times \frac{0.2685881}{0.0061/4218}$$

S = 15.196 x 43.5015576 = $661.050.

JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA:

Fecha de nacimiento: noviembre 27/76

Fecha mayoridad: noviembre 27/94

n = febrero/92 a noviembre/94 = 2 años 9 meses = 33 meses

Ingreso = $15.196.

$$S = \frac{15.196 \times (1.004867)^{33} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{33}}$$

$$S = 15.196 \times \frac{0.1737707}{0.0057127419}$$

S = 15.196 x 30.41809527

S = $462.233.

RESUMEN:

JULIO CESAR RAMIREZ CARDONA:

Indemnización Debida = 800.324.–

Indemnización Futura = 661.050.– = $1'461.374.–

JOHN JAIRO RAMIREZ CARDONA:

Indemnización Debida = 462.233.–

Indemnización Futura = 462.233.– = $1'262.557.–

TOTAL $2'525.114.–

En cuanto a los perjuicios morales impuestos en la sentencia del *a-quo* a favor de los hermanos del fallecido Joaquín Ramírez V., la sala hace suya la perspectiva que manejó el tribunal y que fue del siguiente tenor:

"En relación con ROSALBA RAMIREZ DE GONZALEZ y EULALIA RAMIREZ DE ROJAS, hermanas de JOAQUIN RAMIREZ VILLALBA, después de analizar los testimonios de Carlos Humberto Gil García (folio 38 y ss. cuaderno No. 3), Luis Fernando Hernández Gallego (folio 42 y ss. cuaderno No. 3), Eduardo Antonio Vásquez Zapata (fo-

lios 45 y ss. Cuaderno No. 3) y Melba Salazar Castañeda (folio 47 cuaderno No. 3) estima este Tribunal que de verdad existían lazos de amor fraternal estrecho, porque a pesar de tratarse de adultos mayores, con vidas organizadas en diferentes ciudades, existía una comunicación tan frecuente como lo permitían los ingresos económicos de unas y otro, escasos si tenemos en cuenta que el uno era cotero, otra vendía buñuelos en los buses y la otra atendía un saloncito en Zarzal, razón por la cual se ordenará una indemnización por este concepto hasta el monto de lo que equivalga en pesos colombianos, al momento de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de 500 gramos oro fino para cada una de ellas, monto reiteradamente aceptado por la jurisprudencia del H. C. de E. en favor de los hermanos de la víctima".

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

FALLA:

Confírmase parcialmente la sentencia de 28 de noviembre de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Quindío, la que quedará así:

1) Declárase probada la excepción de transacción en relación con los siguientes demandantes: HERIBERTO RAMIREZ GOMEZ, MARGARITA VILLALBA DE RAMIREZ y MARIA GLADYS CARDONA.

2) Declárase no probada la excepción de falta de prueba de la representación del ente demandado.

3) Declárase a la Corporación Autónoma Regional del Quindío administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a los menores Julio César y John Jairo Ramírez Cardona y a las señoras Rosalba Ramírez de González y Eulalia Ramírez de Rojas, con la muerte del señor Joaquín Ramírez V., padre de los primeros y hermano de las segundas en hechos acaecidos el 16 de marzo de 1989 en la ciudad de Armenia.

4) En consecuencia, se condena a la citada entidad pública a pagar a los menores Julio César y John Jairo Ramírez C. por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno. Por el mismo concepto, la entidad deberá pagar a las señoras Rosalba Ramírez de González y Eulalia Ramírez de Rojas, el equivalente de 500 gramos oro para cada una.

El Banco de la República deberá certificar el valor nacional del gramo oro, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

5) Condénase igualmente a la mencionada Corporación a pagar a los menores Julio César y John Jairo Ramírez C. por concepto de perjuicios materiales, en concreto, las siguientes sumas: UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/Cte. ($1.461.374.oo) para aquél; y UN MILLON DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($1.262.557.oo) para éste. De las sumas indicadas se deducirá, para cada uno, lo percibido en la transacción aceptada por su señora madre señora Gladys Cardona, equivalente a $250.000.oo.

6) La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y las sumas indicadas devengarán intereses comerciales a partir de la ejecutoria de la misma durante los primeros seis meses y moratorios luego.

7) En lo demás se entiende revocada la sentencia del *a-quo*.

8) Expídanse las copias autenticadas para su cumplimiento, tanto a la parte demandante como a la demandada y al Ministerio Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 13 de febrero de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

No podían los policiales comprometidos imponerles y aplicarles la pena de muerte a quienes se encontraban recluidos al parecer sin motivo justificado, inermes y esposados, soportando dolores y sufrimientos a que con inusitada crueldad los sometieron antes de matarlos. Esa conducta a todas luces criminal y punible, deja ver una ostensible falla del servicio que genera perjuicios indemnizables a cargo de la administración.

PRUEBA TRASLADADA/SENTENCIA PENAL–Valor probatorio

El fallo penal condenatorio no conduce obligatoriamente a una sentencia condenatoria por falla de la administración, por cuanto difieren ostensiblemente la responsabilidad penal derivada de un hecho punible del agente, caracterizada por ser personal, de la originada en una falla del servicio que generalmente es anónima.

PERJUICIOS MORALES A TERCEROS/HIJO EXTRAMATRIMONIAL–Reconocimiento

La Sala ha desconocido efectos probatorios al reconocimiento notarial de un hijo extramatrimonial cuando se efectúa con posterioridad a la muerte del hijo y, por consiguiente, sin la aceptación a que alude el artículo 4o. de la Ley 75 de 1968 en concordancia con el 243 del C.C. Otra cosa es que se le mire como a tercero damnificado por razón de la convivencia bajo el mismo techo, con toda su familia, lo que permite deducir una buena relación afectiva, y un verdadero dolor, ratificado con el comportamiento asumido para procurar la forma de sepultar al occiso y velarlo en su humilde vivienda a pesar del estado de descomposición en que se hallaba, más no por razón del parentesco.

PERJUICIOS MORALES A CONCUBINA/PERJUICIOS MORALES–Distribución

A la Sala no le corresponde calificar si existe o no una supuesta unión marital de hecho, por cuanto hacerlo es competencia de la jurisdicción de familia. Esto, sin embargo, no constituye obstáculo que le impida a la Sala reconocer el comportamiento sociológico cumplido de la pareja, para deducir el interés jurídico y económico que a ésta le corresponde en su pretensión de ser indemnizada, teniendo en cuenta que la decisión que se tome no trasciende los límites de este proceso. Ahora bien, para evitar que la madre de las menores quede desprotegida del apoyo monetario que recibía de una de las víctimas para ella y sus hijas en proporción no acreditada en el proceso, se dividiría el ingreso mensual (salario mínimo legal), entre los beneficiarios aquí aceptados, por partes iguales, de tal forma que a cada hija y a su progenitora les corresponde una cuarta parte del valor indemnizatorio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6514. Actor: Luis Alberto Figueroa Díaz y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia de 16 de noviembre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

"1o. DECLARAR que la Nación – POLICIA NACIONAL, es responsable administrativamente de las muertes ocurridas a los ciudadanos GABRIEL ALFONSO DUARTE PULIDO y JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO, por hechos ocurridos en el Líbano e Ibagué, respectivamente, el día 30 de agosto de 1987.

"2o. CONDENAR a la NACION – POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales a los demandantes que se citan a continuación, una cantidad de DOCE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS Con 2/100 CENTAVOS ($12.930.687.02) MONEDA CORRIENTE, por concepto de perjuicios materiales, suma ésta que se discrimina así:

"a) A LEILA AGUIRRE, la suma de tres millones veintiún mil trescientos tres pesos con 030 Ctvs. ($3.021.303.30) moneda corriente, como valor

total entre la indemnización consolidada y debida aplicada en la parte motiva.

"b) A SANDRA LILIANA DUARTE AGUIRRE, la suma de ciento cuarenta y ocho mil doscientos treinta y cinco pesos ($148.235.oo) moneda corriente, como valor total entre la indemnización consolidada y debida aplicada en la parte motiva.

"c) A ALEJANDRA DUARTE AGUIRRE, la suma de trescientos cuarenta mil seiscientos veintiún pesos ($340.621.oo), como valor total entre la indemnización debida y consolidada aplicada en la parte motiva.

"d) A MARICRUZ DUARTE AGUIRRE, la suma de cuatrocientos treinta y seis mil setecientos cuarenta y cuatro pesos ($436.744.oo) moneda corriente, como valor total entre la indemnización debida y consolidada aplicada en la parte motiva.

"e) A AURA MARIA DIAZ FRANCO, la suma de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y TRES PESOS CON 042 CTVS ($8.484.053.42) moneda corriente, como valor total entre la indemnización debida y consolidada aplicada en la parte motiva.

"3o. CONDENAR a la Nación – Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales al equivalente en mil (1.000) gramos oro puro, a cada una, el valor que tiene en el Banco de la República, según certificación a la fecha de la sentencia, en las siguientes personas:

"ZOILA MARIA PULIDO, LEYLA AGUIRRE, LUCIA CARDOZO OSORIO Y AURA MARIA DIAZ FRANCO.

"4o. CONDENAR A LA NACION – POLICIA NACIONAL, a pagar por concepto de perjuicios morales, en su equivalente a el (sic) valor de doscientos cincuenta (250) gramos oro, al cambio Internacional, según certificación del Banco de la República a la fecha de la sentencia, a las siguientes personas, a cada una, así: SANDRA LILIANA DUARTE AGUIRRE, ALEJANDRA DUARTE AGUIRRE, Y MARICRUZ DUARTE AGUIRRE.

"5o. Negar las demás pretensiones de la demanda.

"6o. Las cantidades aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término. (Art. 177 del C.C.A.). (Fols. 58 a 60).

I.– ANTECEDENTES PROCESALES

1o.– Las pretensiones.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima, el 10 de marzo de 1988, en ejercicio de la acción de reparación directa, Zoila María Pulido, Sol Mariana Duarte Pulido, Luis Ernesto Duarte Pulido, Zoila Rosa Duarte Pulido, Fabiola Duarte Pulido, Campo Elias Duarte Pulido, Jesús Emilio Duarte Pulido, Jorge Eliécer Duarte Pulido, Helio Hernando Duarte Pulido, integrantes de un primer grupo familiar; Leyla Aguirre y sus menores hijos Sandra Liliana, Alejandra María y Maricruz Duarte Aguirre, integrantes de un segundo grupo familiar, y José Fabio Duarte Pulido y María Denise Núñez, sus menores hijos Héctor Fabio y Wilmer Yair Duarte Núñez, de un tercer grupo familiar, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.

"LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – Policía Nacional), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a ZOILA MARIA PULIDO; SOL MARINA, LUIS ERNESTO, ZOILA ROSA (hoy de Delgado), FABIOLA (hoy de Jiménez), CAMPO ELIAS, JESUS EMILIO, JORGE ELIECER y HELIO HERNANDO DUARTE PULIDO *(1er. Grupo Familiar)*; a JOSE FABIO DUARTE PULIDO y MARIA DENISE NUÑEZ, y a sus hijos menores de edad HECTOR FABIO y WILMER YAIR DUARTE NUÑEZ *(2o. Grupo Familiar)*; y a LEYLA AGUIRRE y a sus hijos menores de edad SANDRA LILIANA, ALEJANDRA MARIA y MARICRUZ DUARTE AGUIRRE *(3er. Grupo Familiar)*, por la muerte violenta de que fue víctima el Sr. GABRIEL ALFONSO DUARTE PULIDO y las graves lesiones físicas y morales sufridas por JOSE FABIO DUARTE PULIDO, hijos legítimos de la primera de las nombradas y hermanos de las restantes personas del 1er. Grupo Familiar; compañera permanente e hijos naturales de JOSE FABIO DUARTE, los del 2o. Grupo; y compañera permanente e hijos de GABRIEL ALFONSO DUARTE, los del 3er Grupo, en hechos sucedidos entre el 29 y 30 de agosto de 1987 entre El Líbano e Ibagué (Tol.), los cuales fueron protagonizados por la Policía Nal, en evidente falla en el servicio.

"SEGUNDA.

"CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – Policía Nacional), a pagar a ZOILA MARIA PULIDO; SOL MARINA, LUIS ERNESTO, CAMPO ELIAS, JESUS EMILIO, JORGE ELIECER, HELIO HERNANDO y JOSE FABIO DUARTE PULIDO, a ZOILA

ROSA DUARTE, hoy de Delgado), y FABIOLA DUARTE, hoy de Jiménez; a MARIA DENISE NUÑEZ y a sus hijos menores HECTOR FABIO y WILMER YAIR y a LEYLA AGUIRRE y a sus hijos menores SANDRA LILIANA, ALEJANDRA MARIA y MARICRUZ DUARTE AGUIRRE, representados los menores por sus respectivos padres, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de GABRIEL ALFONSO DUARTE y las lesiones morales de JOSE FABIO DUARTE PULIDO, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000.) por concepto de lucro cesante, para cada Grupo Familiar, correspondientes a las sumas que GABRIEL ALFONSO y JOSE FABIO DUARTE P. dejaron de producir en razón de la muerte del primero y lesiones del 2o. y por todo el resto posible de vida que les quedaba, en la actividad económica a que se dedicaban (comercio y construcción), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (31 y 26 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 en funerales de GABRIEL ALFONSO DUARTE, al igual que diligencias judiciales, suspensión de labores ordinarias y tratamientos psíquicos y honorarios de abogado afrontados por JOSE FABIO DUARTE y que tendrá que afrontar por el resto de su vida, conforme a lo que se demuestre en el proceso, o en aplicación del art. 107 del C. Penal.

"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 'pretium doloris', consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando se trata de un acto criminal cometido por las armas de la Nación entregadas a la Policía Nacional y que arrebataron la vida de un ser querido como lo es un hijo, un compañero permanente y un padre.

"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 30 días siguientes a su ejecutoria". (Fols. 27 a 29 C. 2).

Igualmente, en ejercicio de la acción de reparación directa, el 24 de octubre de 1988, ante el mismo Tribunal, los señores Cristóbal Figueroa

Cardozo, Nubia Amparo Figueroa Cardozo, Ligia Figueroa Cardozo, Olga Cecilia Cardozo y Aura María Díaz Franco, formularon demanda para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.

"LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – Policía Nacional, es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a CRISTOBAL FIGUEROA CARDOZO, NUBIA AMPARO FIGUEROA CARDOZO, LIGIA FIGUEROA CARDOZO, OLGA CECILIA CARDOZO y AURA MARIA DIAZ FRANCO, mayores y vecinos de El Líbano-Tolima, con la muerte violenta de que fue víctima el S. JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO, hermano de los cuatro (4) primeros y compañero permanente de la última, en hechos sucedidos entre el 29 y 30 de agosto de 1987 entre el Líbano e Ibagué (Tolima), los cuales fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional en una evidente falla en el servicio, al haberlo retenido en las instalaciones de la Institución en El Líbano, para luego sacarlo de allí y darle muerte alevosa, arrojando su cadáver en cercanías a Ibagué.

"SEGUNDA.

"CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – Policía Nacional), a pagar, a CRISTOBAL FIGUEROA CARDOZO, NUBIA AMPARO FIGUEROA CARDOZO, LIGIA FIGUEROA CARDOZO, OLGA CECILIA CARDOZO y AURA MARIA DIAZ FRANCO, mayores y vecinos de El Líbano-Tolima, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostráse en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) por concepto de lucro cesante, correspondientes a las sumas de que JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO dejó de producir en razón de su muerte criminal y prematura y por todo el resto posible de vida que le quedaba en la actividad económica a que se dedicaba (cotero o ayudante de camiones), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (–24 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 en funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todas las erogaciones que se sobrevinieron con motivo de la muerte de JESUS ALBERTO FIGUEROA, conforme a lo que se

demostrase en el proceso o por aplicación analógica o subsidiaria del art. 107 del Código Penal.

"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 *'pretium doloris'*, consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho ha sido cometido por miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene la obligación constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha suprimido la vida de un ser querido.

"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 30 días siguientes a su ejecutoria". (Fols. 34 a 36).

2.– Fundamentos de hecho.

Por haberse acumulado los dos procesos, y como en cada uno de ellos se dan hechos particulares y comunes, la Sala los relacionará y sinterizará por separado, así:

a) HECHOS PARTICULARES DEL PRIMER GRUPO FAMILIAR.

El señor Fabio Duarte y María Zoila Pulido contrajeron matrimonio católico y en el mismo procrearon a Zoila Rosa, Sol Marina, Helio Hernando, Jesús Emilio, Jorge Eliécer, Fabiola, Luis Ernesto, Gabriel Alfonso, Campo Elias y José Fabio Duarte Pulido, entre quienes "se desarrolló una extraordinaria unidad familiar y espiritual, pues la mayoría de los hermanos convivían bajo el techo del mismo hogar. ...", se socorrían en sus necesidades, se visitaban, especialmente en Navidad y vacaciones particularmente con Gabriel Alfonso y José Fabio Duarte Pulido, quienes se dedicaban, el primero, al comercio de soporte de neveras, estufas, colchonería etc., para conseguir ingresos de $70.000.oo mensuales; el segundo, trabajaba en construcción y ganaba $60.000.oo por mes, quienes destinaban esos ingresos para su sostenimiento, el de su compañera permanente, hijos y progenitora.

b) HECHOS PARTICULARES DEL SEGUNDO GRUPO FAMILIAR.

Gabriel Alfonso Duarte Pulido y Leyla Aguirre hacían vida en común desde 1974 en el Líbano (Tolima) y en esa convivencia procrearon a Sandra Liliana, Alejandra María y Maricruz Duarte Aguirre.

c) HECHOS PARTICULARES DEL TERCER GRUPO FAMILIAR.

José Fabio Duarte Pulido y María Denise Núñez, mantuvieron relaciones extramatrimoniales desde 1982 en el Líbano (Tolima), y procrearon a Héctor Fabio y Wilmer Yair Duarte Núñez. Por razón de amenazas recibidas "por la determinación criminal de la Policía Nacional adscrita en el Líbano de causarle la muerte", se vieron forzados a abandonar las actividades laborales que allí desempeñaban.

HECHOS COMUNES A LOS TRES GRUPOS FAMILIARES.

Se relata en la demanda que el sábado 29 de agosto de 1987, los hermanos Gabriel Alfonso y José Fabio Duarte Pulido, se encontraban departiendo en un establecimiento público situado en Líbano, en donde también se encontraban un Agente de la Policía Nacional de apellido Jaramillo, quien uniformado y con su revólver de dotación ingería licor acompañado por una mujer. En horas de la madrugada, ante la conducta peligrosa e imprudente del policial con su arma, quien desatendió agresivamente la recomendación de mesura y prudencia que le hiciera Gabriel Alfonso Duarte, éste con su hermano salieron del establecimiento "Rincón de los Viejitos" y se dirigieron a sus casas. Sin embargo, durante el trayecto, fueron interceptados por dos agentes de la Policía Nacional quienes los condujeron al cuartel de la Policía, no registraron en los libros su ingreso y fueron recluidos en los calabozos, en donde, entre otros, se hallaba Jesús Alberto Figueroa.

El domingo en la mañana los hermanos Duarte Pulido fueron sacados del calabozo, y recibieron, sin motivo, agravios verbales y de hecho, fueron lesionados y esposados por los agentes Dagoberto Castellanos Rivera y Carlos Julio Uneme Romero. En las primeras horas de la tarde el señor Fabio Carbonel acudió ante el sargento José Obdulio Niño Acuña para solicitar la libertad de los recluidos. El suboficial le prometió que pronto los pondría en libertad.

A eso de las 8 de la noche, solo quedaban retenidos los hermanos Duarte Pulido y Alberto Figueroa, a quien uno de los agentes lo llamó, lo esposó y fue golpeado cruelmente por los uniformados, quienes no atendieron las voces y lamentos de Figueroa, a quien para complemento sometieron a torturas. Posteriormente ingresaron al calabozo el Sargento Niño Acuña y los Agentes Uneme Moreno y Castellanos Rivera, esposaron a los Duarte Pulido, se llevaron a Gabriel Alfonso y al parecer lo sometieron a tratamiento similar al que le habían aplicado antes a Figueroa.

Condujeron luego a José Fabio Duarte en un campero "Was", destinado al servicio de la Policía en el municipio aludido, lo hicieron acostar en el piso bajo los pies de los policiales, tomaron la vía que conduce a Rovira,

durante el trayecto se detuvieron para arrojar los cadáveres de Gabriel Alfonso Duarte Pulido y Alberto Figueroa, tras de lo cual, prosiguieron la marcha y nuevamente pararon con el fin de ultimar a José Fabio Duarte, quien cuando iba a ser asesinado, resbaló en el cascajo de la carretera en el mismo instante en que el agente Uneme le disparaba, momento que aprovechó la víctima para simular su muerte. Sin embargo como se encontraba esposado, el Sargento ordenó quitarle las esposas y rematarlo, instante en que Duarte reaccionó y al amparo de la obscuridad salvó su vida a pesar de los disparos que le hicieron y de la búsqueda que efectuaron los policías.

Con posterioridad José Fabio denunció ante la Procuraduría Regional del Tolima lo sucedido, y días más tarde se encontraron los cadáveres con señales de torturas y se concluyó que el fallecimiento había sido por estrangulamiento. Los agentes comprometidos negaron su participación. José Fabio abandonó el Líbano por elementales razones de seguridad.

HECHOS RELACIONADOS CON LA SEGUNDA DEMANDA.

También los resume la Sala en los siguientes:

Luis Alberto Figuerosa Díaz y Lucía Cardozo Osorio hacían vida común desde 1963 y residían en el Líbano. En esa convivencia procrearon a Cristóbal, Nubia Amparo, Ligia y Jesús Alberto Figueroa Cardozo. Olga Cecilia Cardozo, relacionada como hija de la unión, sólo lo es de Lucía Cardozo. Se dice en la demanda que entre estos hermanos "se desarrolló una extraordinaria unidad familiar y espiritual, pues todos convivieron bajo el mismo techo paternal". El joven Jesús Alberto Figueroa Cardozo asumió el sostén de sus ancianos padres y de su concubina como ayudante de carro, con salario mensual de $50.000.

La noche del 29 de agosto de 1987, fue retenido en el barrio "Los Pinos" de el Líbano, por agentes de la Policía Nacional sin motivo alguno, para conducirlo a los calabozos de la institución mencionada, en donde también estuvieron los hermanos Duarte Pulido y otras personas, hasta el día siguiente, es decir, el domingo 30 de agosto, cuando en las horas de la noche, Jesús Alberto fue sacado del calabozo para golpearlo y torturarlo, sin que los policiales hicieran caso de sus quejas y gritos de dolor, hasta cuando los mismos no se volvieron a escuchar. Posteriormente fue encontrado su cadáver, conforme se relató.

3o.– Actuación procesal.

Ambas demandas fueron admitidas y de las mismas se corrió el traslado correspondiente al Ministerio de Defensa y a la Dirección General de la Policía Nacional, cuyos representantes legales se notificaron. La Policía Nacional designó apoderados en cada uno de los procesos, quienes formularon las

respectivas peticiones de pruebas. En el proceso de Zoila María Pulido, se hicieron algunas "observaciones" para el momento de fallar. Mediante proveídos de junio 20 y septiembre 29 de 1989, se decretaron las pruebas que las partes habían solicitado.

A instancia del apoderado de la parte actora, se tramitó el incidente respectivo para conseguir la acumulación de los dos procesos antes referidos. Por auto de 21 de febrero de 1990, encontró viable la petición incidental y, por consiguiente, decretó la acumulación impetrada. (Fls. 5 a 7 C. 1).

Con fecha 15 de mayo, una vez agotada la etapa probatoria, se determinó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión. Así lo hicieron, la actora en escrito de folios 10 a 14, la demandada en memorial visible a folios 17 a 19, recabando cada uno de sus propios intereses conforme los plantearon desde el inicio de los procesos. El Ministerio Público en su concepto fiscal considera "que debe accederse a las peticiones de las demandas conforme a los dos procesos acumulados, es decir al pago de los daños y perjuicios, en la cuantía que resultare probada"

4o.– La sentencia recurrida.

En providencia que corre a folios 25 a 60 del expediente principal, de la que salvó el voto uno de los Magistrados, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la responsabilidad de la administración e impuso las condenas relacionadas al inicio de este fallo.

Estimó el *a-quo* que el régimen de responsabilidad por falla del servicio de la Policía Nacional escogido en la demanda, así como el daño y la relación de causalidad "se halla demostrada con la sentencia penal del 22 de noviembre de 1989 proferida por la Justicia Penal Militar que dedujo la responsabilidad penal por las muertes perpetradas por personal de la Policía Nacional. Sentencia penal que se encuentra agregada procesalmente en copia, la cual calificó la conducta de personas naturales determinadas". Respalda su tesis el Tribunal con cita del fallo de esta Sección, fechado el 22 de mayo de 1987, relacionado con el valor de las sentencias penales en los procesos que cursan en esta jurisdicción.

Para concluir el *a-quo* en sus consideraciones afirma que "en el caso *sub-júdice* la aplicación de esta tesis es viable porque se agregaron copias de la sentencia condenatoria y para redundar esta verdad, copias del fallo disciplinario que determinó su solicitud de destitución para alguno de los Agentes que intervinieron en los hechos. Entonces, se puede concluir claramente que surge la responsabilidad civil extracontractual de la Nación por falla del servicio y sus dos elementos axiológicos restantes que le dan vida a ésta; daño y relación de causalidad entre la falla de la Administración y este último, debiéndose declarar a la Policía Nacional como administrativa (sic)

responsable de las muertes de los ciudadanos GABRIEL ALFONSO DUARTE PULIDO y JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO".

Al examinar lo referente a los perjuicios, el Tribunal se refiere en primer término a los derivados del fallecimiento de Gabriel Alfonso Duarte Pulido, cuyo reconocimiento solicitan su progenitora, sus hermanos, su compañera y sus hijos menores de edad.

Con respecto a la paternidad natural el *a-quo* la encuentra debidamente acreditada con los certificados de Registro Civil de Nacimiento expedidos por el Notario del Líbano (fls. 3 a 9 C. 3), con fundamento en el reconocimiento hecho por el padre del occiso, de éste y los demás, como sus hijos extramatrimoniales.

La libre convivencia entre Aura María Díaz Franco y Jesús Alberto Figueroa Cardozo resulta probada, para el *a-quo*, con los testimonios de Rodrígo Larrarte Prieto (Fl. 18 C. de Pruebas), Luis Alberto Figueroa Díaz (Fol. 12 C. de Pruebas); Lucía Cardozo Osorio (Fol. 21) y José de Jesús García Osorio (Fol. 21).

Respecto de los perjuicios materiales para los demandantes relacionados, considera el Tribunal que ni la madre, ni los hermanos del occiso, demostraron la ayuda económica que éste les brindaba, y, por consiguiente deniega sus pretensiones. No reconoce daño emergente porque no se probó, y por los honorarios del abogado no se ordena pagarlos porque la ley no permite señalar agencias en derecho contra la Nación.

Para la compañera del occiso, Leyla Aguirre y sus menores hijos Sandra Liliana, Alejandra y Maricruz Duarte Aguirre, el Tribunal sí accede al reconocimiento indemnizatorio, tomando como base económica el salario mínimo legal que regía en 1987, el cual reajusta en un 25% por concepto de prestaciones. La suma anterior la reduce en un 25% para presuntos gastos de la víctima y el 75% restante lo divide en dos partes iguales, una para la compañera y la otra para los hijos. Procede a liquidar los períodos consolidado y futuro, con base en la vida probable del fallecido y la mayoría de edad de los menores. El valor total indemnizatorio por este concepto fue de $4.446.733.60.

Los perjuicios morales los reconoce el *a-quo* para la madre y la compañera de la víctima en equivalencia en pesos a 1.000 gramos de oro, a los hijos 250 gramos del mismo metal.

Con relación a los hermanos del occiso en el fallo apelado no se les reconoció indemnización moral "por no haberse demostrado el grado profundo de aflicción que les causara su muerte, ya que faltó la prueba de compañerismo y mutuo socorro. ...".

Por la tentativa de homicidio de José Fabio Duarte Pulido, descarta el perjuicio material. El daño moral no lo encuentra demostrado "no encuentra la Sala el más mínimo elemento juicioso que derive una pérdida del equilibrio emocional de dicho ciudadano, patentizado en algún hecho. ... Este no sufrió lesiones, menos perturbaciones ni físicas ni morales y así es imposible reconocer en su favor una indemnización con base en una pretendida lesión moral".

Frente al deceso de Jesús Alberto Figueroa Cardozo y sobre los perjuicios materiales reclamados por sus padres, no encontró el *a-quo* "que hubiese dependencia económica de estos respecto a aquel. ..."; destaca igualmente como el occiso sólo fue reconocido como hijo con posterioridad a su fallecimiento, "lo que hace entender que su progenitor no mantenía vivencias familiares ni de contacto paternal y espiritual con el hijo. ...", de donde concluye que el padre no tiene derecho a indemnización por daños materiales, ni morales.

Les reconoció, en cambio a la compañera del occiso por perjuicios materiales la suma pericialmente señalada de $8.484.053.42. Por concepto de perjuicios morales reconoció a la progenitora y a la compañera de la víctima, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada una de ellas.

Uno de los Magistrados del Tribunal salvó el voto "únicamente en cuanto reconoce perjuicios materiales a los demandantes", porque consideró que no fueron demostrados plenamente con una prueba testimonial recaudada irregularmente, con preguntas insinuantes, sin exponer la razón del dicho de los deponentes etc.

5. RECURSO Y ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado de la parte actora oportunamente recurrió y sustentó la apelación contra la sentencia mencionada. Las razones de su inconformidad se encuentran en el memorial de folios 65 a 81, y en lo fundamental son las siguientes:

a) Incluir en la resolutiva la condena por perjuicios materiales en favor de Aura María Díaz Franco, compañera de Jesús Alberto Figueroa C.

b) Señalar que el precio del oro que certifique el Banco de la República es el de la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.

c) Fijar el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada hijo del occiso Gabriel Alfonso Duarte Pulido.

d) Se incluya a Luis Alberto Figueroa Díaz, padre del difunto Jesús Alberto Figueroa Cardozo, como beneficiario del equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, por concepto de perjuicios morales.

e) Se les reconozca a los hermanos de Gabriel Alfonso, y José Fabio Duarte Pulido el derecho a ser indemnizados moralmente por la muerte de uno y lesiones físicas y morales del otro, en cuantía equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.

f) Se les reconozca la misma indemnización moral (1.000 grs. de oro) a los hermanos de Jesús Alberto Figueroa Cardozo, incluida Olga Cecilia Cardozo.

g) Se reconozcan perjuicios materiales y morales para José Fabio Duarte Pulido, su compañera María Denise Núñez, su hijo Wilmer Yair Duarte Núñez, su progenitora y sus hermanos.

h) Se reconozcan perjuicios materiales, por lucro cesante a los padres de Jesús Alberto Figueroa Cardozo.

i) Que la indemnización de Leyla Aguirre se acreciente con la cuota de sus hijos al arribar estos a mayor edad.

j) Le reconozca a Zoila María Pulido por perjuicios morales el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro, por cuanto asume los perjuicios morales por el daño de dos hijos.

En la oportunidad para alegar de conclusión, lo hizo el apoderado de la demandada, en escrito de folios 91 a 94, mediante el cual expone argumentos contrarios a las pretensiones de los recurrentes.

6o.– El concepto del Ministerio Público.

La señora Fiscal Octava de la Corporación emitió el concepto de rigor que obra a los folios 96 a 107, en el cual sostiene la presencia en este caso de una evidente falla del servicio, perjuicios y relación causal entre estos y aquella, de donde surge configurada la responsabilidad de la administración.

La posición de la Fiscalía frente a la indemnización de los perjuicios se acomoda en parte con el *a-quo* y en parte con el apelante. Advierte sí, que los menores Luis Alberto, Luz Esmeralda, Aceneth y Pedro Pablo Figueroa Cardozo, Sandra Liliana, Alejandra María, y Maricruz Duarte Aguirre y Wilmar Yair Duarte Núñez, no fueron admitidos como partes, pese a lo cual se les despacharon favorablemente sus pretensiones.

Comparte el Ministerio Público la negativa del *a-quo* al reconocer perjuicios materiales en favor de los padres y hermanos de los occisos y el reconocimiento de los mismos a sus compañeras.

Estima la Fiscalía que los perjuicios morales de los hijos deben ser iguales al de la madre y que al padre de Jesús Alberto Figueroa le correspon-

den perjuicios morales, pues sólo basta la demostración del parentesco. También participa del pensamiento del apelante para que se indemnice en equivalencia a 1.000 gramos de oro a Fabio Duarte Pulido porque "los actos a que fue sometido dejaron en él dolencias de orden sicológicas (sic) que afectó (sic) su estabilidad emocional. ...".

Encuentra bien denegados los perjuicios morales que los hermanos mayores de los occisos porque no se demostró que "conformaban un grupo familiar sólido afectivamente y que existía entre las víctimas y ellos vínculos de afecto y colaboración. ...".

Para concluir la señora Fiscal Octava solicita la confirmación del fallo apelado "con las reformas y adiciones indicadas".

II.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, son dos los aspectos más importantes a resolver en esta segunda instancia. El primero se refiere a la declaración de la responsabilidad a cargo de la administración, por el deceso violento y demás hechos cumplidos a raíz de la reclusión de Jesús Alberto Figueroa Cardozo, Gabriel Alfonso y José Fabio Duarte Pulido en los calabozos de la Policía Nacional en el Líbano. El segundo, consecuencia del anterior, hace referencia al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales que por distintas razones reclaman los demandantes, y frente a los cuales con la decisión de primera instancia no estuvieron conformes.

Con respecto a la responsabilidad de la administración en los hechos que originaron este diligenciamiento contencioso administrativo, la Sala no encuentra motivo alguno que permita su exclusión o por lo menos su atenuación. Es tan evidente que ni siquiera por la parte demandada se ha formulado cuestionamiento alguno. Por el contrario, la propia Policía Nacional dispuso la separación del sargento y los agentes involucrados en tan cuestionado y criminal comportamiento.

Los elementos integrales de la responsabilidad por falla del servicio, surgen con absoluta nitidez en el caso *sub-júdice*. Los cargos formulados por José Fabio Duarte Pulido fueron confirmados. La falla en el servicio se infiere de la condición de miembros activos de la Policía Nacional del sargento José Obdulio Niño Acuña y los agentes Carlos Uneme Moreno y Dagoberto Castellanos Rivera, según se desprende de los documentos visibles a folios 161 a 163 del proceso disciplinario que adelantó la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional. En el mismo se encuentran relacionados las denuncias y antecedentes del suboficial Niño Acuña, por abuso de autoridad, torturas, lesiones personales, homicidio, detención arbitraria, violación de domicilio (Fls. 112 a 116). Se recuerda también cómo el mencionado Sargento y el agente Uneme, eludieron la acción de la justicia en

indiscutible actitud indicadora de responsabilidad por los crímenes ejecutados. La Procuraduría Delegada solicitó la destitución del suboficial (Fls. 215-223) y la Dirección General de la Policía Nacional determinó la separación absoluta por faltas constitutivas de mala conducta, de los agentes Uneme y Castellanos Rivera (Fols. 206-214). Por su parte, la investigación de carácter penal adelantada por la Justicia Penal Militar culminó con sentencia condenatoria en contra de los policiales involucrados en los criminales procedimientos contra los hermanos Duarte Pulido y el joven Figueroa Cardozo.

Resulta entonces clara la definición de la responsabilidad a cargo de la Administración, si se considera que sus agentes incumplieron las obligaciones propias de su cargo, desconocieron los derechos de tres ciudadanos, cuyas vidas e integridad antes que protegerlas como lo consagra la Constitución y la ley, las violentaron criminalmente, con descarada pretermisión de las normas sobre el respeto a los derechos de los detenidos y el uso de las armas. No podían, desde ningún punto de vista, los policiales comprometidos imponerles y aplicarles la pena de muerte a quienes se encontraban recluidos al parecer sin motivo justificado, inermes y esposados, soportando los dolores y sufrimientos a que con inusitada crueldad los sometieron antes de matarlos. Esa conducta a todas luces criminal y por consiguiente punible, como que fue sancionada severamente por la justicia Penal Militar, y por la Dirección General de la Policía, deja ver una ostensible falla del servicio que genera perjuicios indemnizables a cargo de la Administración. Los otros dos elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado aparecen acreditados por los daños morales y materiales de los demandantes y por la necesaria causalidad entre éstos y la falla de la Administración. Lo anterior permite confirmar la declaración de responsabilidad contenida en el fallo objeto del recurso, con la precisión referente a los efectos de las sentencias penales en los procesos contencioso administrativos, precisión que se hace indispensable frente al criterio expresado por el *a-quo*, según el cual, con fundamento en la sentencia penal condenatoria, "los hechos imputados a los Agentes no pueden ponerse en duda ni su responsabilidad; y por ende, como Agentes de la Administración, la responsabilidad de esta misma. ...", interpretación equivocada al pretender que necesariamente la responsabilidad penal del agente oficial conlleva la de la Administración, cuando jurisprudencialmente ha reiterado la Sala que el fallo penal condenatorio no conduce obligadamente a una sentencia condenatoria por falla de la Administración, por cuanto difieren ostensiblemente la responsabilidad penal derivada de un hecho punible del agente, caracterizada por ser personal, de la originada en una falla del servicio que generalmente es anónima.

Determinada la responsabilidad de la demandada, se procede a examinar el fallo recurrido en cuanto reconoció o negó el derecho de los actores a percibir indemnización por perjuicios morales y materiales, conforme lo cuestiona el recurrente. Se estudiarán los distintos puntos de inconformidad en el mismo orden establecido por el apelante, no sin advertir que a pesar de

que la Policía Nacional no sustentó la apelación, esa omisión no limita a la Sala para conocer y pronunciarse sobre todos los aspectos del proceso.

En cuanto a la inclusión en la parte resolutiva de la condena, del monto indemnizatorio en favor de Aura María Díaz Franco, compañera del occiso Jesús Alberto Figueroa Cardozo, claramente se observa que no tiene razón el apelante porque en el ordinal e), del punto Segundo de la resolutiva, se estableció el pago correspondiente, el cual, por razones que adelante se relacionan, será modificado.

Con relación al punto de tomar como fecha, para efectos de la certificación del Banco de la República sobre el precio del oro, la de ejecutoria de la sentencia definitiva, no encuentra la Sala obstáculo alguno para acceder a la solicitud, porque tal límite es el que jurisprudencialmente se ha establecido.

Respecto del reconocimiento de perjuicios morales para los hijos del difunto Gabriel Alfonso Duarte Pulido, en cuantía equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro y nó a 250 gramos del mismo metal, como lo dispuso el Tribunal, estima la Sala que le asiste razón al apelante, por cuanto para el caso resulta razonable el criterio de indemnizar moralmente a los hijos y a los padres de la víctima con la equivalencia a 1.000 gramos de oro fino. Por lo demás, la condición de hijas extramatrimoniales del occiso Duarte Pulido se acreditaron con los respectivos certificados de Registro Civil de Nacimiento, expedidos por el Notario del Círculo del Líbano, para Sandra Liliana y Maricruz Duarte Aguirre (Fls. 24 y 25 Cdno. 2), en los cuales se anota el reconocimiento del padre y el Registro Civil de Nacimiento de Alejandra María, expedido por el Notario Décimo de Bogotá, (Fol. 26), del cual también se deduce su condición de hija de Duarte Pulido. A lo anterior se agregan los distintos testimonios que ratifican esa condición de hijas del occiso. Se modificará entonces este punto de la condena.

Otro de los motivos que llevaron a la parte actora a recurrir fue el que en la sentencia de primer grado se excluyó como beneficiario de indemnización por perjuicios morales a Luis Alberto Figueroa Díaz, padre del occiso Jesús Alberto Figueroa Cardozo, cuyo reconocimiento como hijo natural, así como el de los hermanos de éste, solo vino a hacerlo mediante escritura pública del 9 de marzo de 1988, es decir, casi siete meses después de su muerte. Esta circunstancia hizo entender al *a-quo* "que su progenitor no mantenía vivencias familiares ni de contacto paternal y espiritual con el hijo, cosa que vino a despertarse después de su muerte. No es fácil dar por establecido unos nexos profundos y arraigados que derivarán con su muerte aquel estado de aflicción profundo que determina el reconocimiento en compensación de cierta suma de dinero".

Basa su inconformidad el apelante, en que la Sala ha sostenido "que el perjuicio moral de los padres se presume, bastando solo la demostración del

parentesco. ...". Aduce también que testimonialmente se acreditó "la unidad familiar que existía entre el occiso JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO, sus padres y hermanos, pues no sólo convivían bajo el mismo techo, en casa del padre, Sr. Luis Alberto Figueroa, junto con la compañera permanente de aquel, sino que a la propia humilde sala de dicha casa. ... trajeron el cadáver del desaparecido para velarlo. ...".

Ha sido constante la posición de la Sala al desconocerle efectos probatorios a este tipo de reconocimiento de un hijo extramatrimonial cuando se efectúa con posterioridad a la muerte del hijo y, por consiguiente, sin la aceptación a que alude el artículo 4o. de la ley 75 de 1968 en concordancia con el artículo 243 del Código Civil. Por tal razón, no habrá lugar a indemnizar moralmente al supuesto padre por el fallecimiento de Jesús Alberto con base en el reconocimiento notarial. Otra cosa es que se le mire como a tercero damnificado por razón de la convivencia bajo el mismo techo, con toda su familia, según lo declaran distintas personas en este proceso, lo que permite deducir una buena relación afectiva, y un verdadero dolor, ratificado con el comportamiento asumido para procurar la forma de sepultar al occiso y velarlo en su humilde vivienda a pesar del estado de descomposición en que se hallaba, mas no por razón del parentesco.

Del examen de las pruebas recaudadas deduce la Sala que el occiso sí vivía en la misma casa con quien se dice ser su padre, como lo afirma José Fabio Duarte Pulido: "Los Familiares de Jesús Alberto viven exactamente en la calle 8 No. 14-48 *todos los hermanos con el papá y la mamá,* y *la señora.* ..." (Fol. 17 C. 3), el testigo Rodrigo Larrarte Prieto, afirma al folio 18 del cuaderno 3, que conoció a Jesús Alberto y a su compañera Aura María Díaz Franco, *"ellos vivían allá en la misma casa de los papás de él, ... ellos vivían todos en la calle 8 No. 14-48 ...".* En igual sentido declaró José Jesús García Osorio *"Ellos vivían con los papás de Jesús Alberto* que llaman Luis Alberto Figueroa y Lucía Cardozo y los hermanos que eran como nueve o diez. ..." (fol. 22); también sostiene lo mismo Senón Fonseca: *"Sí ellos vivían en la casa con los papás de él, convivían juntos. .... ellos convivían todos juntos los padres de él* LUIS ALBERTO FIGUEROA Y MARTHA LUCIA CARDOZO y *los hermanos. ..."* (Fol. 22. C. 3). De las anteriores manifestaciones la Sala reafirma que a pesar de no existir reconocimiento oportuno del padre ante las autoridades competentes, sin embargo, entre ellos se daban relaciones inherentes a su misma convivencia, las cuales, complementadas con distintos comportamientos mutuos, bien podrían llegar a la posesión notoria del estado civil de hijo, conforme a los artículos 398 y 399 del Código Civil, relación superior a cinco años, durante la cual se dieron los hechos constitutivos del trato y la fama, según se desprende de las pruebas aportadas. Por lo anterior se reconocerá a Luis Alberto Figueroa y Lucía Cardozo, el equivalente a 500 gramos de oro fino en moneda nacional, para cada uno.

El quinto punto de inconformidad del apelante hace relación, de una parte, al reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos Duarte Pulido, por la muerte de Gabriel Alfonso y las lesiones físicas y morales sufridas por José Fabio; de otra, al reconocimiento también de perjuicios morales en cuantía equivalente a 1.000 gramos de oro, para los hermanos del occiso Jesús Alberto Figueroa, cálculo que duplica el recurrente por razón de "los deprimentes cuadros" que debieron afrontar.

Para el Tribunal no se demostró "el grado profundo de aflicción que les causara la muerte, ya que faltó la prueba de su convivencia, compañerismo y mutuo socorro que hace nacer una comunión espiritual y que en tratándose de los hermanos no basta con alegarse sino que debe demostrarse".

La Sala, con fundamento en los certificados de Registro Civil obrantes a folios 12 a 21 del cuaderno 2., tiene por demostrado el matrimonio de Fabio Duarte Acero y María Zoila Pulido Figueroa, quienes procrearon a Sol María, Luis Eduardo, Zoila Rosa, María Fabiola, Campo Elias, Jesús Emilio, Jorge Eliécer, Helio Hernando, José Fabio y Gabriel Alfonso Duarte Pulido. Sin embargo, como respecto de los hermanos de la víctima no se presume el daño moral, sino que éste debe acreditarse, los testimonios recaudados con miras a lograrlo no tienen la suficiente fuerza de convicción por cuanto en el caso del testigo José Antonio Barragán Ramírez las preguntas prácticamente le insinuaban al declarante la respuesta, (Fls. 70-71 C. 4); Josué Alarcón García nada informa al respecto (Fl. 71 C. 4); Abel Enciso Hernández, José Rubén Betancourth y Carlos José Robayo, se muestran vagos y genéricos en su dicho. Distinto es el caso de José Fabio Duarte, a quien le correspondió compartir los trágicos episodios desde cuando en compañía de su hermano fallecido fueron privados de su libertad, hasta cuando luego de golpearlo y maltratarlo se dio cuenta de su muerte. Estas circunstancias permiten indemnizarlo moralmente con el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino.

Con respecto a los hermanos de Jesús Alberto Figueroa la Sala advierte que ningún pronunciamiento hizo el *a-quo* sobre el particular. Respecto de la paternidad de ellos, se observa que se intentó definirla mediante reconocimiento, con posterioridad al hecho dañoso mediante escritura pública No. 424 del 9 de marzo de 1988 de la Notaría del Líbano. Lo anterior sin embargo, no es lo suficientemente válido para disponer la indemnización moral en su favor, por cuanto el fundamento básico de la misma, o sea el parentesco, no aparece debidamente comprobado en el proceso, ni tampoco puede predicarse respecto de ellos condición de terceros damnificados con ocasión del hecho dañoso tal como sí se hizo con respecto a los señores Luis Alberto Figueroa y Lucía Cardozo Osorio.

Reclama también el apelante que se indemnice a José Fabio Duarte Pulido, a su compañera María Denise Núñez y a su hijo Wilmer Yair Duarte Núñez, a su progenitora y a sus hermanos por las lesiones físicas y morales, la deten-

ción y el intento de homicidio de que fue víctima. Estima la Sala que le asiste razón al apelante para solicitar la indemnización en favor de José Fabio Duarte, no así para su progenitora, su hijo y su compañera, por cuanto las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrollaron los hechos, no permitieron que estas personas resultaran afectadas moralmente con la angustiosa situación que sí experimentó personal y directamente José Fabio, y la que pudieron sentir, en cambio, los afectados con la desaparición y muerte violenta de Gabriel Alfonso. Acorde con lo expresado, estima la Sala que José Fabio Duarte Pulido tiene derecho a una indemnización equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino, como compensación moral por todos los sentimientos de angustia y dolor que vivió desde su reclusión, hasta los instantes previos a su frustrada y criminal ejecución policial. Para los hermanos Duarte Pulido, con los mismos fundamentos expuestos para negarles la indemnización por la muerte de Gabriel Alfonso, no se accede a reconocerles compensación moral alguna.

Igualmente pide el recurrente que le sean reconocidos perjuicios materiales a los padres de Jesús Alberto Figueroa Cardozo. Para la Sala resulta acertada la decisión del *a-quo* al negar tal reconocimiento por cuanto no se demostró suficientemente la dependencia económica de los progenitores frente al occiso.

Pretende también el apelante que se autorice el acrecimiento por perjuicios materiales en favor de la compañera del occiso Gabriel Alfonso Duarte, cuando sus hijas menores por alcanzar su mayoría de edad dejen de percibir la indemnización correspondiente. Tal solicitud resulta improcedente y contraría abiertamente la reiterada y vigente doctrina de la Sala que prohibe en estos casos la aplicación de ese acrecimiento, por tratarse de un derecho personalísimo, intransferible e intransmisible.

Ahora bien, en el caso *sub-judice*, la Sala enfrente ahora, la reclamación que por perjuicios materiales y morales hacen para ellas y para sus hijos las compañeras de Gabriel Alfonso y José Fabio Duarte Pulido y Jesús Alberto Figueroa Cardozo, como pasa a verse:

Al respecto se recuerda que en anteriores oportunidades similares a la que ahora se examina, ha considerado la Sala que no le corresponde calificar si existe o nó una supuesta unión marital de hecho, por cuanto hacerlo es competencia de la jurisdicción de familia, conforme a las normas de la ley 54 de 1990 y del Código de Procedimiento Civil. Esto, sin embargo, no constituye obstáculo que le impida a la Sala reconocer el comportamiento sociológico cumplido entre Gabriel Alfonso Duarte Pulido y Ana Leyla Aguirre, para deducir el interés jurídico y económico que a ésta le corresponde en su pretensión de ser indemnizada, teniendo en cuenta que la decisión que se tome no trasciende los límites de este proceso.

Resulta evidente que Ana Leyla Aguirre estuvo atenta en el cuidado y asistencia de las hijas procreadas con Gabriel Alfonso Duarte, limitándose por ese motivo para organizarse económciamente en forma independiente, por lo que tuvo que depender y subsistir con la colaboración pecuniaria que le daba el padre de sus niñas por cuya ausencia definitiva quedó económicamente afectada, por falta de otros recursos para sostenerse.

Ahora bien, para evitar que la madre de las menores quede desprotegida del apoyo monetario que recibía de Gabriel Alfonso para ella y sus hijas en proporción no acreditada en el proceso, se dividirá el ingreso mensual (salario mínimo legal), entre los beneficiarios aquí aceptados, por partes iguales, de tal forma que a cada hija y a su progenitora les corresponde una cuarta parte del valor indemnizatorio, el cual tendrá vigencia hasta cuando la menor de las hijas arribe a su mayoría de edad, cuando; se presume, ya no requerirá del apoyo y sostén de su madre. Reitera la Sala en esta forma el criterio consignado en los procesos de María Emma Benavides y María Dolores Martínez, fallados el 1o. de octubre y el 20 de noviembre de 1991 respectivamente, en los que también fue ponente el Consejero Daniel Suárez Hernández.

En cuanto a las compañeras de José Fabio Duarte Pulido y Jesús Alberto Figueroa considera la Sala que no deben prosperar sus solicitudes indemnizatorias. En efecto, en cuanto a María Denise Núñez, compañera de José Fabio, anteriormente se definió que en su caso, por las circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodearon los insucesos, no alcanzó a recibir la afectación moral derivada de lo sucedido a su compañera y si hubiera sido afectada, no logró demostrarlo en el proceso, como no se demostró tampoco la existencia de daños materiales.

En cuanto a Aura María Díaz Franco, compañera del occiso Jesús Alberto Figueroa Cardozo, y a quien el *a-quo* reconoció la suma de $8.484. 053.42 por perjuicios materiales, la Sala considera que no tiene derecho a tal reconocimiento y, por consiguiente, habrá de revocarse.

Obedece lo anterior a circunstancias de hecho y legales que no permiten indemnizarla en forma similar a como se hizo con Ana Leyla Aguirre, la compañera de Gabriel Alfonso Duarte Pulido. En efecto, de una parte, la prueba sobre sus relaciones con Jesús Alberto Figueroa no es suficientemente explícita, ni facilita una inmediata comprobación de la pretendida comunidad de vida con el occiso. De otra, dada la perspectiva que tiene la Sala frente a la indemnización para las compañeras de las víctimas, no se encuentra motivación alguna para compensarle a la demandante Aura María Díaz Franco una dedicación y atención exclusivas hacia Jesús Alberto Figueroa con quien al parecer apenas tenían un año, no plenamente definido, de relaciones afectivas y de las cuales no quedaron hijos a cuyo cuidado la madre, por dedicarse a los mismos, se hubiera privado de obtener otros ingresos de orden personal e independiente. Las anteriores consideraciones complementadas con la

deficiencia probatoria respecto de la afectación moral y sentimental que pudiera haber experimentado Aura María Díaz Franco, conducen a la Sala a no reconocerle indemnización por perjuicios morales.

Por último, pide el recurrente que se adicione la sentencia en el sentido de reconocer a la señora Zoila María Pulido el equivalente a 2.000 gramos de oro, en lugar de los 1.000 reconocidos, por cuanto sufrió el doble impacto de dolor, primero con la muerte de su hijo Gabriel Alfonso y luego con la situación vivida por su otro hijo José Fabio Duarte.

Estima la Sala que no se puede hacer, en el presente caso, el doble reconocimiento indemnizatorio porque, como se acaba de precisar, las circunstancias modales, temporales y espaciales que rodearon el hecho, no permitieron a la madre de José Fabio experimentar los sentimientos angustiosos y de dolor que sí debió de vivir por la desaparición y muerte violenta de su hijo Gabriel Alfonso.

Despachadas las razones de inconformidad del recurrente y como de las mismas resultan variaciones sustanciales en las liquidaciones tomadas en cuenta por el Tribunal, se procede a efectuar la liquidación en concreto de la condena, previo el siguiente resumen de reconocimientos:

I. POR LA MUERTE DE GABRIEL ALFONSO DUARTE PULIDO.

A. PERJUICIOS MATERIALES:

Para Ana Leyla Aguirre y sus hijas Sandra Patricia, Alejandra María y Maricruz Duarte Aguirre. $5.668.872.75

B. PERJUICIOS MORALES.

1. Para Zoila María Pulido (madre)	1.000 gramos de oro
2. Para Ana Leyla Aguirre (compañera)	1.000 grs. de oro
3. Para Sandra Patricia Duarte Aguirre (hija)	1.000 grs. de oro
4. Para Alejandra María Duarte Aguirre (hija)	1.000 grs. de oro
5. Para Maricruz Duarte Aguirre (hija)	1.000 grs. de oro
6. Para José Fabio Duarte Pulido (hermano)	500 grs. de oro

II. POR JOSE FABIO DUARTE PULIDO

A. PERJUICIOS MATERIALES. No se reconocen.

B. PERJUICIOS MORALES

1. Para José Fabio Duarte Pulido 800 grs. de oro

III. POR JESUS ALBERTO FIGUEROA CARDOZO

A. PERJUICIOS MATERIALES. No se reconocen.

B. PERJUICIOS MORALES.

1. Luis Alberto Figueroa Díaz (padre) 500 grs. de oro

2. Lucía Cardozo Osorio (madre) 500 grs. de oro

PERJUICIOS MATERIALES PARA LEYLA AGUIRRE Y SUS HIJAS SANDRA LILIANA, ALEJANDRA Y MARICRUZ DUARTE AGUIRRE.

La Sala encuentra acreditada la actividad laboral de Gabriel Alfonso Duarte Pulido, no así el ingreso mensual, porque la información del proceso es imprecisa y genérica. Por tal razón se tomará como base económica el salario mínimo legal vigente para la fecha del insuceso, es decir, $20.509.80. Para liquidar los perjuicios se sigue el procedimiento anteriormente advertido, con base en los siguientes datos:

Nombre del occiso:	Gabriel Alfonso Duarte Pulido
Fecha de nacimiento:	11 de septiembre de 1956
Fecha de fallecimiento:	30 de agosto de 1987
Nombre de la compañera:	Ana Leyla Aguirre
Nombre de la hija:	Sandra Liliana Duarte Aguirre
Fecha de nacimiento:	20 de julio de 1975
Mayoría de edad:	20 de julio de 1993
Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad:	5 años, 10 meses, 20 días (70.6 meses).
Nombre de la hija:	Alejandra María Duarte Aguirre
Fecha de nacimiento:	4 de mayo de 1980
Mayoría de edad:	4 de mayo de 1998
Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad	10 años - 8 meses (128 meses)
Nombre de la hija:	Maricruz Duarte Aguirre
Fecha de nacimiento:	6 de mayo de 1983
Mayoría de edad:	6 de mayo de 2.001

Lapso entre hecho dañoso y la mayoría de edad: 13 años - 8 meses (164 meses)

Fecha de la sentencia: 20 de febrero de 1992

Tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la sentencia: 4 años - 5 meses - 20 días (53.6 meses).

Salario mínimo legal (1987):	$20.509.80
25% sostenimiento personal:	$ 5.127.45
75% sostenimiento familiar:	$15.382.35
Corresponde a cada demandante (4):	$ 3.845.58
Indice inicial (agosto de 1987):	73.28
Indice final (febrero de 1992):	219.13
Renta mensual actualizada:	$11.499.48

INDEMNIZACION VENCIDA:

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde:

S, es la suma buscada; i, es el interés de 0.004867 mensual; Ra, es la renta actualizada ($11.499.48); n, corresponde al número de meses transcurridos entre el hecho dañoso y la sentencia (53.6 meses).

$$S = 11.499.48 \frac{(1 + 0.004867)^{53.6} - 1}{0.004867} = \$702.300.77$$

Corresponde a la madre y sus hijas, por indemnización debida para cada una $702.300.77

INDEMNIZACION FUTURA:

PARA ANA LEYLA AGUIRRE.

Se cuenta desde el 20 de febrero de 1992, hasta cuando su hija menor Maricruz Duarte Aguirre llegue a la mayoría de edad. (6 de mayo de 2.001), para un total de 110 meses.

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1 = i)^n - 1}{i\,(1 + i)^n}$; donde:

S, es la suma que se busca; Ra, es el ingreso o renta mensual actualizada ($11.499.48); i, es el interés mensual (0.004867); n, corresponde al número de meses indemnizables (110 meses).

$$S = 11.499.48 \frac{(1 + 0.004867)^{110} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{110}} = 977.672.25$$

Valor indemnización futura: $977.675.25

PARA SANDRA LILIANA DUARTE AGUIRRE:

Se aplica la misma fórmula anterior, así:

$$S = 11.499.48 \frac{(1 + 0.004867)^{17} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{17}} = 187.185.71$$

Valor indemnización futura: $187.185.71

PARA ALEJANDRA MARIA DUARTE AGUIRRE:

Se aplica la misma fórmula, así:

$$S \quad 11.499.48 \frac{(1 \quad 0.004867) \quad . \quad - 1}{0.004867\ (1 \quad 0.004867)^{74.5}} = 717.133.46$$

Valor indemnización futura: $717.133.46

PARA MARICRUZ DUARTE AGUIRRE:

Se utiliza el mismo procedimiento y como coincide con las cifras y términos utilizados en la liquidación futura de su progenitora, por cuanto es la hija menor y arriba a su mayoría de edad el 6 de mayo del 2.001, le corresponde una indemnización futura de $977.672.25.

En mérito de lo expuesto, parcialmente de acuerdo con la Fiscal Octava, 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 ordinales 1o. y 6o. de la sentencia apelada, esto es, la de 16 de noviembre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO: MODIFICANSE los ordinales 2o., 3o. y 4o. de la sentencia apelada, los cuales quedan así:

2o. Como consecuencia de la anterior declaración se condena en concreto a la Nación – Policía Nacional, a pagar a las siguientes personas las sumas correspondientes como indemnización por perjuicios materiales:

a) A Ana Leyla Aguirre, la cantidad de UN MILLON SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON 02/100 ($1.679.976,02) moneda legal.

b) A Sandra Liliana Duarte Aguirre, o a quien sus derechos represente, la cantidad de OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON 48/100 ($889.486.48 moneda legal).

c) A Alejandra María Duarte Aguirre, o a quien sus derechos represente, la cantidad de UN MILLON CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON 23/100 ($1.419.434.23).

d) A Maricruz Duarte Aguirre, o a quien sus derechos represente, la cantidad de UN MILLON SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON 02/100 ($1.679.976.02).

3o. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración, condénase en concreto a la Nación – Policía Nacional, a pagar como indemnización por concepto de perjuicios morales, los valores respectivos a las siguientes personas:

a) A Zoila María Pulido, Ana Leyla Aguirre, Sandra Patricia, Alejandra María y Maricruz Duarte Aguirre, o a quien represente a estas menores, una suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada una de las nombradas, con el precio interno del oro que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

b) A José Fabio Duarte Pulido una suma equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro fino, al precio interno que certifique el Banco de la República para cuando esta sentencia cause ejecutoria.

c) A Luis Alberto Díaz y Lucía Cardozo Osorio, una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino, para cada uno de los nombrados, de acuerdo con el precio interno del oro que certifique el Banco de la República para la fecha en que esta sentencia cause ejecutoria.

Los beneficiados con la condena allegarán con la cuenta de cobro el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: REVOCASE el ordinal e) del punto 2o. de la sentencia recurrida.

CUARTO: NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de las sentencias, con constancias de ejecutoria, con destino a la Dirección General de la Policía Nacional y a los demandantes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos (Artículos 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO/EXPLOTACION DE MINAS/ MINISTERIO DE MINAS–Obligaciones

El Ministerio de Minas y Petróleos estaba en la obligación de resolver la solicitud hecha por los interesados en un término de cuatro meses, contados a partir de la fecha de aquella, pues de lo contrario se entendría "que se ha demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión. El Ministerio solo vino a pronunciarse sobre el fondo de la petición, más de tres años después del término que la ley le brindaba para ello. En estas circunstancias operó el silencio administrativo positivo, con todas las consecuencias que genera en derecho.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 3517. Actor: Francisco Eladio Gómez. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

– I –

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar el conflicto de intereses de que da cuenta el proceso del rubro, el cual se inició el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), en virtud de demanda presentada por el Dr. Francisco Eladio Gómez G., quien actuó como AGENTE OFICIOSO del doctor Estanislao Posada Vélez.

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

"Obrando como agente oficioso del doctor Estanislao Posada Vélez, mayor y vecino de Bogotá, provisto de la cédula de ciudadanía No. 3.306.380 de Medellín, quien a su vez tiene la calidad de comunero, o mejor, la tenía en el momento de la solicitud, con la señora Ofelia Lemos de Velásquez y con el señor Bernardo Posada Vélez, también mayores, sobre minas de carbón y arena ubicadas en el municipio de Venecia del departamento de Antioquia, y cuya individualización se hará dentro del cuerpo de esta demanda, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 67 del C.C.A., solicito que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público y del Señor Ministro de Minas y Energía, se hagan en sentencia firme las siguientes declaraciones:

"PRIMERO.– Que por haber transcurrido cuatro meses a partir del momento de la presentación de la solicitud que a continuación se detalla, sin que el Ministerio de Minas y Energía resolviera nada al respecto, quedó demostrado el hecho de la explotación económica o la causa justificativa de la suspensión (tal como lo prevé el artículo 19 del decreto 1275 de 1970), en relación con la solicitud de reconocimiento de los derechos particulares sobre unas minas de carbón y arena ubicadas en el municipio de Venecia del departamento de Antioquia, cuyos linderos se determinan más adelante, minas cuya explotación no ha podido llevarse a cabo, por fuerza mayor, solicitud aquella que fue presentada personalmente ante el señor alcalde municipal de Venecia el día 23 de junio de 1973, y que fue radicada en el entonces Ministerio de Minas y Petróleos (hoy Ministerio de Minas y Energía), bajo el No. 328, y en la cual figura como titular de derechos legítimamente adquiridos el doctor Estanislao Posada Vélez; y que por lo mismo, el doctor Estanislao Posada Vélez y sus condóminos tienen todas las prioridades y prerrogativas que para el explotar de minas reconoce el decreto 1275 de 1970, pues se trata de derechos legítimamente adquiridos por los mencionados comuneros.

"SEGUNDO.– Que son nulas las resoluciones Nos. 002562 de 6 de julio de 1976, y 001316 de 28 de abril de 1977, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de las cuales, respectivamente, se fijó un término de 30 días para dar cumplimiento a las observaciones contenidas en unos informes de las secciones de Propuestas y Contratos y Fomento Minero del Ministerio, relacionadas con el expediente 328, y 001316 de 28 de abril de 1977, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de las cuales, respectivamente, se fijó un término

de 30 días para dar cumplimiento a las observaciones contenidas en unos informes de las secciones de Propuestas y Contratos y Fomento Minero del Ministerio, relacionadas con el expediente 328 mencionado, y se declaró retirada la solicitud 328, sobre reconocimiento de propiedad, y de propiedad del Estado los yacimientos objeto de la solicitud.

"TERCERO.— Que el Estado Colombiano debe amparar y reconocer los derechos legítimamente adquiridos por los nombrados comuneros, en relación con la explotación económica de las minas de carbón y arena a las cuales están vinculados tales derechos.

"HECHOS.

"1. El doctor Estanislao Posada Vélez y sus consocios, han poseído los siguientes yacimientos de carbón y arena:

"a) Una mina de carbón y arena ubicada en el paraje Samaria, jurisdicción del municipio de Venecia, del departamento de Antioquia, y comprendida por los siguientes linderos: "Por cabecera, con propiedad de Gerardo Sánchez, hasta donde termina; de aquí, para arriba, lindando con propiedad del mismo señor Sánchez, hasta un mojón; de este mojón, de travesía, por el pie de un potrero de la finca del mismo señor Sánchez, hasta otro mojón; de este, por la cuchilla hasta la quebrada 'La Lucía'; esta quebrada abajo, lindando con terreno de Pablo Castrillón; hasta el camino departamental; por todo este camino hasta el lindero con finca de Lázaro Rico, por toda una cuchilla, hasta donde termina; de aquí, de travesía, con terrenos del mismo señor Rico (hoy de Juan de la Cruz Posada), por un alambrado, por donde termina este; de aquí lindando con la finca de 'La Lotero' hasta el alto del Nudo; de aquí, en línea recta, al lindero con Juan C. Vélez, primer lindero".

"b) Una mina ubicada en el mismo municipio determinada así: "Desde el cerco que separa dicha finca denominada Corinto, en línea recta, hasta llegar a la quebrada Lucía; de ésta en la misma dirección, hasta encontrar el pie de una cuchilla, lindando con el lote de La Loma o La Martha, hasta donde se encuentra un mojón, lindando con terreno de Gerardo Sánchez; de aquí en línea recta lindando con el mismo Sánchez, hasta otro mojón que existe en un filo; de allí, por todo un filo hasta otro mojón que está el pie de un peñol, lindando con los terrenos llamados los Rotchilles, por toda la peña hasta la quebrada La Lucía; de allí hasta los cercos viejos de los potreros de Corinto, y por estos cercos abajo, hasta el punto de partida". (Se advierte expresamente que en el lindero donde dice "Quebrada La Lucía" es "La Lucía".

"2. Estas minas han sido poseídas material y legalmente, en forma quieta, tranquila y pacífica, por espacio de más de 25 años.

"3. Los altos costos de explotación han impedido la explotación de la mina.

"4. Los comuneros, con la finalidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la ley 20 de 1969, presentaron, dentro del término señalado en dicha ley y en su decreto reglamentario 1275 de 1970, la correspondiente solicitud para obtener el reconocimiento de los derechos particulares legítimamente adquiridos por los comuneros doctor Estanislao Posada Vélez y sus condóminos.

"5. La anterior solicitud fue presentada personalmente ante la Alcaldía municipal de Venecia, a fin de que fuera remitida al entonces Ministerio de Minas y Petróleos, solicitud formulada con el lleno de los requisitos legales, y en la cual se relacionaron los documentos relacionados con los derechos vinculados a las minas.

"Desde la fecha de la presentación personal de la correspondiente solicitud ante el alcalde de Venecia, el 22 de junio de 1973, y hasta el momento en que por resolución 002562 de 6 de julio de 1976 se fijó un término para dar cumplimiento a un informe interno del Ministerio, transcurrieron más de tres años, muchísimos más de los cuatro meses señalados en el decreto 1275 de 1970 para tomar una decisión al respecto.

"7. Las resoluciones 002562 de 6 de julio de 1976 y 001316 de 28 de abril de 1977, del Ministerio de Minas y Energía, no fueron notificadas al doctor Estanislao Posada Vélez y sus condóminos en legal forma.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas de orden superior: artículo 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959, en concordancia con el artículo 19 del decreto 1275 de 1970.

"En efecto, por haber transcurrido cuatro meses desde el momento en que se presentó la solicitud, sin que el Ministerio de Minas y Energía se pronunciara al respecto, ha de entenderse, de conformidad con el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, que el hecho de la explotación, o la causa justificativa de la suspensión quedó demostrado. No podía proceder pues, el Ministerio, al dictar las resoluciones que se acusan, sin incurrir en violación de tal norma.

Y en cuanto a la actuación administrativa, por virtud del mencionado artículo 19 del decreto 1275 de 1970, para efectos de demostrar la explotación económica o la causa justificativa de la suspensión de los yacimientos estaba fenecida, el Ministerio en la notificación de las

mencionadas resoluciones, violó los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959 que señalan el procedimiento que debe seguir la Administración para tales notificaciones, máxime si se tiene en cuenta que el Ministerio sabía que los interesados, haciendo uso del derecho que les confería el artículo 12 del decreto 1275 de 1970, habían presentado la solicitud ante el alcalde municipal de Venecia". (fls. 3-6, cdno. ppal)

Posteriormente el apoderado de la parte actora corrigió y adicionó la demanda dentro del siguiente temperamento:

"PETICIONES'- Las adicionó así:

"CUARTA.- Que Estanislao Posada Vélez y sus comuneros tienen derecho a que se les otorguen las mencionadas minas de carbón y arena, a título de concesión, pedida en la citada solicitud No. 328 de 22 de junio de 1973, todo de conformidad con las normas vigentes en ese entonces.

"PETICION SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.- Que Estanislao Posada Vélez y sus comuneros tienen derecho a que se les otorguen las mencionadas minas de carbón y arena a título de permiso, pedido en la citada solicitud No. 328 de 22 de junio de 1973, todo de conformidad con las normas vigentes en ese entonces.

"PETICIONES SUBSIDIARIAS DE LAS CUATRO PETICIONES ANTERIORES PRINCIPALES Y DE LA CUARTA SUBSIDIARIA.

"En caso de que no se declare el silencio administrativo, y por lo mismo, no prospere ninguna de las anteriores peticiones, solicito que, en subsidio de todas ellas, se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA PETICION SUBSIDIARIA.- Que es nula la resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por haber sido dictada sin que previamente se notificara en forma legal la resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976 del mismo Ministerio, resolución ésta que, por lo mismo, no podía ni puede producir ningún efecto.

"SEGUNDA PETICION SUBSIDIARIA.- Que Estanislao Posada Vélez y sus comuneros tienen el término de un mes, a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976 del Ministerio de Minas y Energía.

"TERCERA PETICION SUBSIDIARIA.- Que dentro del proceso administrativo correspondiente a la solicitud presentada el 22 de junio

de 1973 ante el Alcalde municipal de Venecia, y radicada en el Ministerio bajo el No. 328, Estanislao Posada Vélez y sus comuneros tienen derecho a que las minas de carbón y arena objeto de la solicitud No. 328, y situadas en jurisdicción del municipio de Venecia, departamento de Antioquia, se les otorguen a título de concesión, pedida en la solicitud No. 328.

"PETICION SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PETICION SUBSIDIARIA.– Que dentro del proceso administrativo correspondiente a la solicitud presentada el 22 de junio de 1973 ante el Alcalde municipal de Venecia, radicada en el Ministerio bajo el No. 328, Estanislao Posada Vélez y sus comuneros tienen derecho a que las minas de carbón y arena objeto de la solicitud No. 328, y situadas en jurisdicción del Municipio de Venecia, departamento de Antioquia, se les otorguen a título de permiso, el cual fue pedido en la citada solicitud, en forma oportuna.

"HECHOS.– Los adiciono así:

"8. En la época de la presentación de la solicitud, 22 de junio de 1973, tanto las normas vigentes de la ley 20 de 1969 como del decreto 1275 de 1970 tenían previsto el otorgamiento de concesiones y permisos sobre minas de carbón y arena.

"9. En la solicitud presentada personalmente ante el Alcalde municipal de Venecia, el 22 de junio de 1973, y que fue radicada en el entonces Ministerio de Minas y Petróleos bajo el No. 328, se pidió el reconocimiento de los derechos particulares sobre las mencionadas minas de carbón y arena, entre otros, el otorgamiento de ellos a título de concesión o de permiso.

"10. Al no serles debidamente notificada la resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976, proferida por el Ministerio, el doctor Estanislao Posada Vélez y sus comuneros no pudieron dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución mencionada.

"11. Al dictar la resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977 el Ministerio le dio aplicación indebida al artículo 64 del decreto 1275 de 1970, el cual se refiere a solicitudes de licencias de exploración.

"12. Por medio de la resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976, el Ministerio de Minas y Energía fijó el término de 30 días para que los interesados en la solicitud No. 328 dieran cumplimiento a las observaciones contenidas en la parte motiva de la resolución.

"13. Por medio de la resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977, el Ministerio de Minas y Energía declaró retirada la solicitud de reconocimiento de propiedad No. 328.

"14. La resolución No. 002562 de 1976, citada en los numerales anteriores, fue proferida por el Secretario General del Ministerio sin que tuviera facultades para ello.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO.– Los adiciono así:

"2. Con sus actuaciones y sus omisiones en el trámite de la solicitud No. 328, presentada por el actor y sus comuneros, incurrió el Ministerio de Minas y Energía (antes Ministerio de Minas y Petróleos), en violación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional.

"En efecto: establece el artículo 16 de la Carta que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, mientras que el artículo 20 de la C.N. hace responsables a los funcionarios públicos no sólo por infracción de la Constitución y las leyes, sino también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

"Con sus actuaciones y omisiones el Ministerio no protegió los bienes del actor y se extralimitó en el ejercicio de algunas funciones públicas y omitió el ejercicio de otras. No protegió los bienes del actor pues dictó una resolución, la No. 001316 de 28 de abril de 1977, con la cual se le ha pretendido desposeer, en forma ilegal, de los derechos adquiridos, vinculados a las minas de carbón y arena en Venecia. El Ministerio se extralimitó en sus funciones al dictar las resoluciones acusadas, pues una vez transcurridos los cuatro meses de que da cuenta el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, es decir, cuatro meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud No. 328, el Ministerio había perdido toda competencia para hacer exigencias al actor y sus condóminos, o para declarar retirada la solicitud, y al mismo tiempo omitió también el cumplimiento de otras funciones pues ha debido considerar que el actor, de conformidad con el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, había demostrado la causa justificativa de la suspensión de la explotación económica de las minas objeto de la solicitud. Y el Ministerio consideró que al actor y sus consocios, a pesar de haber demostrado la causa justificativa de la suspensión de la explotación económica habían incurrido en causal generadora de la extinción del derecho sobre las minas solicitadas, incurrió en omisión en el ejercicio de sus funciones al no reconocerles las prioridades y prerrogativas consagradas en la ley para el explotador, y entre ellas, en último caso, el derecho al otorgamiento de las minas a título de concesión o del permiso.

"3. También se incurrió en violación del artículo 26 de la Constitución, de acuerdo con el cual en cualquier proceso se debe observar la plenitud de las formas propias de él.

"Como lo tiene entendido la doctrina y la jurisprudencia, el artículo 26 de la Carta consagra el principio del "debido proceso", garantía que obliga a los funcionarios públicos a dar cumplimiento estricto a las normas procedimentales que señalan quien puede tomar las decisiones que afecten en particular a un ciudadano y los requisitos de tales decisiones.

"El Ministerio, al proferir las resoluciones acusadas, no cumplió con el deber de notificarlas debidamente, pues omitió cualquier intento para notificarlas personalmente. Y profirió una de ellas a través de un funcionario que no estaba facultado para hacerlo.

"4. También se violó el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles.

"El Ministerio, al expedir las resoluciones acusadas, desconoció los legítimos derechos del actor, quien venía poseyendo desde tiempo atrás las minas de carbón y arena objeto de la solicitud No. 328, quien, de acuerdo con la ley 20 de 1969 y el decreto 1275 de 1970, tenía derecho a que se reconocieran las prioridades y prerrogativas de explotador de minas, entre ellas, los derechos al otorgamiento de los yacimientos, a título de concesión o de permiso, habida cuenta de la justificación del hecho de la suspensión de la explotación.

"5. También se violó el artículo 64 del decreto 1275 de 1970.

"Este artículo prescribe que si dentro del término que se le conceda para subsanar las deficiencias, el peticionario de una licencia de explotación no lo hace, su solicitud se considerará retirada.

"El Ministerio, al expedir la resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977, impuso al actor la sanción prevista en la norma citada, sin tener en cuenta que se trataba de una solicitud de reconocimiento de propiedad privada, no de una licencia de exploración, y desconociendo además la ralidad, acreditada dentro del expediente correspondiente a tal solicitud, de que el actor venía poseyendo, desde hacía muchos años, las minas de carbón y arena objeto de la solicitud, y que tenía causas justificativas a su favor para la suspensión de la explotación.

"6. También se violó el artículo 76 del C.C.A. Señala dicho artículo que un acto administrativo es nulo, entre otros motivos, por abuso de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que lo profiere.

"La resolución No. 002562 de 1976, una de las resoluciones acusadas, y proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, fue dictada por el Secretario General del Ministerio, sin que haya norma alguna que le atribuya a él, en vez del Ministro, esa función. Por tanto, al dictarse esa resolución, el Ministerio incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 66 del C.C.A., y por lo mismo, lo violó.

"Pero además, al proferirse las dos resoluciones acusadas, se desconoció abiertamente el silencio administrativo positivo que había operado en favor de la solicitud No. 328 presentada por el actor, silencio que además tenía la virtud de derogar la competencia que hasta ese momento le estaba atribuida al Ministerio para el trámite de la solicitud citada. Por lo cual, no podía el Ministerio, sin incurrir en abuso de poder, dictar las mencionadas resoluciones que le imponían al actor el cumplimiento de todos los requisitos, o que le desconocían el derecho al reconocimiento de la causa justificativa de la suspensión de explotación económca de las minas de carbón y arena objeto de la solicitud, de lo cual se derivan para aquel las prioridades y prerrogativas consagradas por la ley para el explotador de minas. Por tal motivo, incurrió pues el Ministerio en violación del citado artículo 76 del C.C.A.

"7. Se violó también el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, que señala que la causa justificativa de la suspensión de la explotación económica de las minas se entiende demostrada cuando dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud del interesado el Ministerio no ha resuelto nada al respecto.

"Como ya se dijo, la solicitud radicada en el Ministerio bajo el número 328 fue presentada personalmente ante el Alcalde Municipal de Venecia el 22 de junio de 1973. Resulta pues claro que el 6 de julio de 1976, cuando el Ministerio profirió la primera de las resoluciones acusadas, habían transcurrido más de tres años, tiempo muy superior al término de cuatro meses previstos en el artículo 19 del decreto 1275 de 1970 para que el Ministerio resolviera la solicitud de reconocimiento que se le había presentado. Por lo mismo, no podía el Ministerio expedir tal resolución, y al hacerlo, desconociendo de paso el derecho que ya había adquirido el actor a que se considerara demostrada la causa justificativa de la suspensión de la explotación económica, violó el Ministerio el citado artículo 19 del decreto 1275 de 1970.

"8. También se violaron los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959 en concordancia con el artículo 19 del decreto 1275 de 1970 y con el artículo 152, n. 3 del C. de P.C., y art. 314 del mismo Código.

"Los artículos citados del decreto 2733 de 1959 señalan el procedimiento para hacer las notificaciones de las providencias que ponen fin

a un negocio o actuación administrativa. Allí se prescribe que tales providencias se notificarán personalmente al interesado, y solo si no se pudiere hacer la notificación personal, es admisible, y produce efectos, la notificación por medio de edicto. En el presente caso se tiene que el Ministerio no hizo ningún esfuerzo para notificar la resolución 001316 de 28 de abril de 1977, que consideró retirada la solicitud No. 328, y que por lo mismo, puso fin a la actuación administrativa. Por lo mismo, violó el Ministerio las citadas normas.

"Por otra parte, señala el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que debe hacerse personalmente la notificación que tenga por objeto hacerle saber al demandado la primera providencia que se dicte en un proceso. Esta norma, a tenor de lo previsto en el artículo 290 del decreto 1275 de 1970, es aplicable a los trámites administrativos previstos en este último decreto. Ahora bien, como ya se dijo, el artículo 19 del decreto 1275 de 1970 prevé el fenómeno del silencio administrativo positivo, para las solicitudes de reconocimiento de propiedad, para las cuales el Ministerio no hubiera resuelto nada al respecto, dentro de los cuatro meses siguientes a su presentación. De acuerdo con esta norma, el 20 de octubre de 1973 concluyó el proceso administrativo tendiente a la demostración de la explotación económica de los yacimientos carboníferos objeto de la solicitud No. 328. Cualquier actuación del Ministerio con posterioridad a tal fecha, implicaba pues la puesta en marcha o iniciación de un nuevo proceso. Por lo mismo, en cumplimiento del ya citado artículo 314 del C. de P.C., la resolución número 002562 de 6 de julio de 1976, se ha debido notificar personalmente. Y por lo mismo, al no haberse hecho así, se violaron los artículos 314 del C. de P.C., y 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959, en concordancia con los artículos 19 y 290 del decreto 1275 de 1970.

"Como además, la resolución número 001316 de 28 de abril de 1977 se dictó sin que previamente se hubiera notificado en legal forma la resolución número 002562 citada atrás, se violó también con la expedición de la resolución 001316 el artículo 12 del decreto 2733 de 1959, en concordancia con los artículos 11 y 12 del mismo decreto, y en concordancia así mismo con el artículo 314 del C. de P.C. y 19 y 290 del decreto 1275 de 1970.

"9. Se violó así mismo el artículo 12 del decreto 1275 de 1970, en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959.

"Señala el artículo 12 del decreto 1275 de 1970 que la petición para demostrar la iniciación oportuna de la explotación económica, o la causa justificativa de la suspensión de la misma, podía presentarse personalmente ante el Alcalde Municipal respectivo. En tales condiciones, cualquier notificación que pudiera afectar los derechos del intere-

sado, bien fuera por que se le impusiera cargas, como en el caso de la resolución número 002562 de 6 de julio de 1976, o bien porque terminara la actuación administrativa, considerando, por ejemplo, retirada la solicitud, como en el caso de la resolución número 001316 de 28 de abril de 1977, cualquier notificación de estas, repito, tenía que hacerse atendiendo al procedimiento señalado en los artículos 10 y siguientes del decreto 2733 de 1959, lo cual le imponía al Ministerio, entre otras cosas, la obligación de hacer gestiones en la Alcaldía respectiva, para la notificación de las resoluciones acusadas. Y como el Ministerio omitió tales gestiones, y no intentó notificar personalmente tales providencias, incurrió en violación del artículo 12 del decreto 1275 de 1970, en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1959.

"10. Se violaron así mismo los artículos 11, 14 y 15 del decreto 1275 de 1970, en concordancia con el artículo 19 del mismo decreto.

"Se prevé en estos artículos que cuando el interesado en demostrar la iniciación oportuna de la explotación económica de minas adquiridas por accesión, no demostrare la existencia del fallo que declare el derecho invocado, el Ministerio declarará acreditado el hecho de la explotación económica, y el interesado tendrá todas las prioridades o prerrogativas reconocidas para el explotador de minas en tal decreto. Las cuales se reconocen también al poseedor interesado que demuestre los motivos de fuerza mayor o caso fortuito, o las circunstancias que hagan antieconómica la operación minera.

"El Ministerio, no obstante la existencia del silencio administrativo positivo consagrado a favor del actor por el artículo 19 del citado decreto, omitió darle aplicación a los artículos 11, 14 y 15 del mismo decreto, desconociendo el derecho del actor a que se le reconociera las prioridades y prerrogativas allí consagradas, en especial, el derecho a que se le otorgaran a título de concesión o de permiso, las minas objeto de la solicitud número 328.

"En lo demás doy por reproducida la demanda original". (fls. 16-27. Cdno. ppal).

El presente proceso se destruyó en los trágicos acontecimientos ocurridos en el Palacio de Justicia en noviembre de 1985, pero fue reconstruido siguiendo para ello las pautas legales fijadas en el Decreto No. 3825 de ese mismo año.

– II –

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA PARTE ACTORA

A folios 33 y siguientes del cuaderno número 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo destaca:

"I. SINTESIS DE LOS HECHOS.

"Los hechos fundamentales de la demanda, necesarios para la prosperidad de la acción, se encuentran debidamente acreditados dentro del expediente, como se puede colegir de la siguiente síntesis:

"I.I. En el curso de la inspección judicial practicada dentro del proceso se verificó la existencia real de unos yacimientos de carbón y arena ubicados en el paraje de Samaria, jurisdicción del municipio de Venecia, del Departamento de Antioquia, y cuyos linderos son los que se indicaron en la demanda, los cuales a su vez fueron verificados por el Tribunal Administrativo de Antioquia como juez comisionado, con ayuda de los testigos señores Gabriel Abad, colindante, y Pablo E. Holguín, vecino de la región y trabajador de la finca Corinto.

"I.2. Durante la práctica de la diligencia de inspección judicial, el Tribunal Administrativo de Antioquia, con intervención de peritos, pudo constatar que realmente los yacimientos carboníferos y las arenas son, han sido y fueron explotados desde ya mucho tiempo:

"Se trata de un terreno con una topografía quebrada y una meseta de pequeño declive en su parte superior (parte sur), y una alargada colina en la que se perciben capas o estratos carboníferos. También *se observa en diversos lugares del terreno, socavones y excavaciones antiguas de minas de carbón explotaciones en forma incipiente. El Tribunal identificó cuatro (4) bocas de minas carboníferas y se informa que hay por ahí unas seis (6) tapadas.* Se observa que las minas o globos de terreno antes singularizados se encuentran a hora y media de camino de herradura de la carretera Medellín - Caldas - Albania - Bolombolo y equidistante de los puntos Albania y Bolombolo, situación ésta que hace antieconómica cualquiera explotación de las carboneras: este recorrido a hora y media es a lomo de mula, pues la finca se encuentra totalmente incomunicada por otra vía esto es sin carretera y sin ferrocarril". (fol. 29, cd. se ha subrayado).

"I.3. Lo constatado directamente por el Tribunal aparece corroborado por el dictamen pericial que obra dentro del expediente, dictamen en el cual los señores peritos manifestaron que:

"... *desde tiempo inmemorial, mucho antes de 1969, se vienen explotando los yacimientos de carbón para uso doméstico, así como la veta de arena en el Alto del Nudo* para la construcción de viviendas e instalaciones agropecuarias de la vecindad" (fol. 90, cd.: Se ha subrayado).

"I.4. Este hecho de la explotación de las minas se había acreditado oportunamente ante el Ministerio de Minas y Energía mediante las declaraciones rendidas ante el Alcalde municipal de Venecia (Antioquia), el 22 de junio de 1973, por los testigos Aureliano Castrillón Calle, Ramón Antonio Bolívar Bustamante y Rafael Antonio Taborda Agudelo, declaraciones que obran en el expediente, folios 1 a 7 del Anexo 1, contentivo del expediente administrativo. Y como puede apreciarse, la veracidad del dicho de los testigos resultó plenamente corroborada con las constancias dejadas por el Tribunal en el curso de la inspección judicial, y con las exposiciones contenidas en el dictamen pericial.

"I. 5. El dictamen pericial, con el cual, como se dijo antes se demuestra plenamente la explotación de las minas, acredita así mismo que la explotación no ha tenido mayor intensidad, pues las dificultades del transporte por carencia de vías, la saturación del mercado, la lejanía de los sitios de consumo, y en general, los costos de explotación, han impedido que ésta se haga a nivel industrial. Todas estas circunstancias son motivos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, como expresamente prevé el Decreto 1275 de 1970, en su artículo 15.

"I.6. En el expediente consta, por otra parte, que el actor, doctor Estanislao Posada Vélez y sus comuneros son titulares de derechos vinculados a los yacimientos carboníferos y de arena a que se viene haciendo referencia, según consta en las siguientes escrituras: 5530 de junio 26 de 1953, otorgada en la Notaría 1a. de Medellín; 2750 de 3 de diciembre de 1957, pasada en la Notaría 7a. de Medellín; 1003 de mayo 25 de 1966, otorgada en la misma Notaría 7a. y 672 de mayo 2 de 1967 de la misma Notaría 7a. La titularidad de estos derechos vinculados a los yacimientos citados antes, y radicados en cabeza del demandante doctor Estanislao Posada Vélez, aparece corroborada, así mismo, en los testimonios de los señores Castrillón Calle, Bolívar Bustamante y Taborda Agudelo que se anexaron a la solicitud formulada ante el entonces Ministerio de Minas y Petróleos.

"1.7. De las distintas piezas procesales que integran el expediente se deduce claramente que los yacimientos minerales han sido poseídos material y legalmente, en forma quieta, pacífica, tranquila, por espacio de más de 25 años, pues la explotación de esas minas viene desde tiempo inmemorial, y como es natural, toda explotación implica tenencia y goce de la cosa.

"I.8. Los comuneros Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, en obedecimiento a lo dipuesto por la ley 20 de 1969, y el decreto reglamentario 1275 de 1970, y haciendo uso del derecho que les confirió el artículo 12 de este decreto (presentación de la petición ante el alcalde municipal respectivo), presentaron el 22 de junio de 1973, ante el alcalde municipal de Venecia (Antioquia), el correspondiente memorial por medio del cual solicitaron al Ministerio de Minas y Petróleos el reconocimiento del derecho particular de los peticionarios, en relación con las minas de carbón y arena ya mencionadas.

"Examinada detenidamente esta petición se ve claramente que no *versa el reconocimiento del derecho de dominio* de los yacimientos (como maliciosa o infundadamente lo afirma el apoderado del Ministerio), *sino sobre el reconocimiento del "derecho particular"*, o sea, *"todas las prioridades o prerrogativas"* del explotador, a que se refiere el inciso segundo del artículo 14 del Decreto 1275 de 1970. Conviene advertir que en el momento de la presentación de la petición hecha por la parte demandante existía para los carbones el régimen de la concesión y el del permiso.

"I.9. Hasta el 22 de octubre de 1973, es decir, dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud presentada el 22 de junio de 1973 por los comuneros Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, *el Ministerio de Minas y Petróleos no habían resuelto nada al respecto*. Por tanto, tal como lo ordena expresamente el artículo 19 del Decreto 1275 de 1970, quedó demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión, en relación con los yacimientos carboníferos y de arena situados en el paraje Samaria, jurisdicción del municipio de Venecia, del Departamento de Antioquia, a los cuales se hallan vinculados los derechos de los citados peticionarios.

"El citado artículo 19 es terminante, y de claridad meridiana, al disponer:

"En los casos contemplados en los artículos anteriores. *Se entenderá que se ha demostrado el hecho*, de la explotación o la causa justificativa de la suspensión, *cuando dentro de los cuatro (4) meses* siguientes a la solicitud del interesado *el Ministerio no haya resuelto nada* al respecto" (Se ha subrayado).

"I.10. Sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, pues se trata de consideraciones de orden jurídico, conviene en este momento hacer dos precisiones: los términos de meses se computan conforme al calendario, y por lo mismo, de ellos no se descuentan los días de cierre del

despacho (véase Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, volumen primero, 4a. ed., Bogotá, 1978, pag. 133); por otro lado, la excepción de ilegalidad no puede aplicarla un Ministro como el de Minas y Energía, para desconocer un Decreto del Gobierno Nacional, pues "tal posibilidad colocaría al funcionario que hiciera el discernimiento por encima de la suprema autoridad administrativa del jefe del Estado" (Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, 5a. ed. Cali, 1977, pag. 386).

"I. 11. Transcurrido el término de cuatro meses a que se refiere el artículo 19 del Decreto 1275 de 1970, sin que el Ministerio resolviera nada en relación con la solicitud formulada oportuna y debidamente por los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, el proceso administrativo originado en esta petición terminó por el solo ministerio de la ley, y no podía ser revivido sin el lleno de las formalidades del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Es útil recordar que los procesos que se tramitan por la vía gubernamental, *normalmente quedan fenecidos definitivamente* por el pronunciamiento de la correspondiente decisión administrativa mediante la cual *se accede* a las peticiones formuladas por el administrado o *se deniegan éstas en forma expresa. Pero excepcionalmente, la clausura definitiva* se opera en virtud del fenómeno jurídico del *"SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO"* como ocurrió en el presente caso.

"I.12. Sin embargo, violando el citado artículo 19 del Decreto 1275 de 1970, el Ministerio so pretexto de continuar la tramitación del proceso ya fenecido en debida forma, profirió varios actos administrativos, entre ellos la resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976, dictada por la Secretaría General del Ministerio, por medio de la cual se fijó un término de 30 días para dar cumplimiento a las observaciones contenidas en unos informes de las secciones de Propuestas y Contratos y Fomento Minero del Ministerio; y la resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977, proferida por el Ministro de Minas y Energía, por medio de la cual se declaró retirada la solicitud formulada por la parte demandante, y que fue radicada en el Ministerio bajo el No. 328. También se profirieron algunos actos de trámite.

"I.13. Como el proceso administrativo había fenecido, por virtud de lo rdenado en el ya citado artículo 19 del Decreto 1275 de 1970, el Ministerio, al notificar por edicto las resoluciones Nos. 002562 de 1976 y 001316 de 1977, sin haber intentado siquiera hacer la notificación personal a los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, llevó a cabo una notificación

irregular, que no puede producir efectos dentro de un proceso ya terminado.

I.14. La resolución 002562 de 1976 fue proferida por la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía, *y no por el Ministro*, sin que en el expediente aparezca acreditada la delegación.

"II.– FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LAS PRETENSIONES.

"Como se ha visto en el acápite anterior, los hechos que sirven de fundamento a la demanda se hallan plenamente demostrados. Por su parte, los fundamentos de derecho de las pretensiones de la demanda son a su vez, suficientemente claros y sólidos, como se expone a continuación:

"II.1. Por medio de la ley 20 de 1969, que fue reglamentada por el Decreto 1275 de 1970, y los decretos que lo han adicionado o reformado, se cambió radicalmente el régimen minero que existía en Colombia antes de la expedición de esa ley.

"II.2. Como es apenas natural y lógico dentro de un estado de derecho, la nueva legislación minera respetó los derechos legítimamente adquiridos por los particulares con antelación a esa ley.

"II.3. El artículo 3o. de la ya citada ley 20 de 1969 dispuso que los derechos de los particulares sobre minas adquiridas a cualquier título se extinguían a favor de la Nación, *salvo fuerza mayor o caso fortuito*, si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esa ley, los titulares del derecho no habían iniciado la explotación económica de las minas respectivas, o si una vez iniciada ésta, la suspendían por más de un año.

"II.4. Al reglamentar la manera de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la ley 20 de 1969, el Decreto 1275 de 1970 estableció en su artículo 11 que la iniciación oportuna de la explotación económica de las minas adquiridas por un título distinto de la adjudicación o la redención a perpetuidad, se demostraría, antes del 22 de junio de 1973, con las pruebas necesarias para acreditar la existencia del fallo que declare el derecho invocado y los linderos correspondientes, y los hechos enumerados en los literales e) y f) del artículo 9o. del mismo decreto, es decir, la indentificación del área mediante un plano y los trabajos de explotación adelantados.

"II.5. El parágrafo del artículo 11 que se acaba de citar expresamente ordenó proceder en la forma prevista en el inciso final del artículo 14 del mismo decreto, cuando el interesado no presentare la prueba de la existencia del fallo judicial. El inciso final del artículo 14 prescribió categóricamente:

"En el caso contemplado en el parágrafo del artículo 11, el Ministerio en la resolución respectiva declarará únicamente acreditado el hecho de la explotación económica de la zona o zonas respectivas y el *interesado tendrá todas las prioridades o prerrogativas* que para el explotador reconoce el presente decreto" (Se ha subrayado).

"II.6. El artículo 15 del mismo decreto 1275 de 1970, por su parte, y al reglamentar la previsión del artículo 3o. de la Ley 20 de 1969, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito, *estableció que* las circunstancias que hacen antieconómica las operaciones mineras constituyen motivos de fuerza o caso fortuito.

"II.7. Como se puede entonces observar, la petición que formularon ante el entonces Ministerio de Minas y Petróleos, el 22 de junio de 1973, los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, (solicitud que fue radicada en el Ministerio bajo el No. 328, y que *equivocadamente* fue *catalogada como de "reconocimiento de propiedad"*), se ceñía perfectamente a las previsiones del decreto 1275 de 1970 que se han citado.

"En efecto: como *los interesados* no disponían de fallo judicial que declarara el derecho de propiedad, pues nunca existió controversia judicial en torno a las minas objeto de la petición, *se abstuvieron de solicitar que se declarara el reconocimiento del derecho de propiedad* en relación con tales yacimientos carboníferos y de arena, por la imposibilidad en que se encontraba de dar cumplimiento al requisito previsto en el literal a) del artículo 11 del decreto 1275 de 1970.

"Por este motivo, en el memorail presentado el 22 de junio de 1973 se pidió al Ministerio que por medio de resolución motivada se definiera que la explotación económica se había iniciado oportunamente, y que por lo tanto se mantenía el derecho particular de los peticionarios, que es lo que prevé expresamente el inciso final del artículo 14 del Decreto 1275 de 1970.

"En subsidio se pidió 'que se haga la declaración del artículo 15 del Decreto 1275 de 1970, habida cuenta de los altos costos de producción, que obligaría a soportar onerosas condiciones de transporte, haciendo, por el momento, antieconómica la mayor intensidad en la explotación y demás factores que tienen incidencia en los rendimientos del negocio minero en el sitio de Samaria' , es decir, se solicitó en subsidio la declaratoria de la existencia de la fuerza mayor o caso fortuito en lo tocante al requisito de la explotación económica.

"II.8. Queda pues demostrado superabundantemente, en forma evidente, que no admite dudas, *que los solicitantes no pidieron reconocimien-*

to del derecho de dominio sobre los yacimientos carboníferos y de arena, como maliciosa o infundadamente lo afirma el apoderado del Ministerio, sino el reconocimiento de los derechos que prevé el inciso final del artículo 14 del decreto 1275 de 1970, cuando se dan las circunstancias señaladas en el parágrafo del artículo 11 del mismo decreto. Y por lo mismo, la demanda no es inepta por indebida acumulación de pretensiones, como lo afirma el apoderado del Ministerio, basado precisamente en una *supuesta petición de reconocimiento de propiedad privada.*

"II.9. Afirma por otra parte el apoderado del Ministerio de Minas y Energía que en la solicitud presentada el 22 de junio de 1973 por los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez no se pidió el otorgamiento de los yacimientos a título de concesión o de permiso, y que, de conformidad con el artículo 23 del decreto 1275 de 1970, tal petición no puede hacerse tácitamente, sino en forma expresa y *subsidiaria.*

"Si bien es cierto que el artículo 23 del decreto 1275 de 1970 dispone que

"Con las pruebas de haber iniciado en tiempo la explotación económica de las minas ... o las de la causal justificativa de la suspensión de dicha explotación, *podrá* el interesado presentar en subsidio la solicitud o propuesta para que tales minas le sean otorgadas en aportes, concesión o permiso" (se ha subrayado).

"La interpretación correcta y sistemática de tal norma, entendida dentro de su contexto, indica que la petición subsidiaria allí prevista solo tiene sentido cuando existe la petición principal acerca del reconocimiento del dominio, evento que no se presenta en el caso hoy sometido a estudio. En otras palabras, cuando no se presenta la solicitud de reconocimiento de propiedad privada sobre unas minas, carece por completo de toda lógica pedir en forma subsidiaria (¿subsidiaria de qué?) el otorgamiento de esas minas a título de concesión o permiso.

"Y esto mismo nos indica que cuando no existe la solicitud de reconocimiento de propiedad privada, y por lo mismo solo se aspira al reconocimiento de *todas* las prioridades o prerrogativas del explotador minero, la solicitud así presentada abarca la petición del otorgamiento de las minas en concesión o en permiso (por tratarse del carbón), que es la manera natural y obvia como se concretan todas las prioridades o prerrogativas del explotador.

"II.10. El artículo 19 del decreto 1275 de 1970 dispuso

"En los casos contemplados en los artículos anteriores, *se entenderá que se ha demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión, cuando dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la solicitud del interesado el Ministerio no haya resuelto nada* al respecto". (Se ha subrayado).

"Basta la lectura de este artículo para ver que nos encontramos ante una norma imperativa, que consagra en la hipótesis prevista, un derecho a favor de los particulares y correlativamente, un deber u obligación para la Administración de entender demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión. Lo cual implica a su vez la prohibición para la misma Administración de producir actuaciones posteriores, so pretexto de continuar un trámite ya fenecido, cuando durante el lapso de los cuatro meses siguientes a la solicitud no ha resuelto nada en relación con la petición formulada por el administrado.

"En el presente caso, como se ha dicho, la solicitud de los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez se presentó el día 22 de junio de 1973. Al vencimiento de los cuatro meses, es decir, el 22 de octubre de 1973, el Ministerio no había resuelto nada al respecto. Por lo mismo, en aplicación a lo preceptuado por el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, los solicitantes obtuvieron, por el solo ministerio de la ley, una decisión favorable a sus peticiones.

"Según el apoderado del Ministerio, el artículo 19 del decreto 1275 de 1970 no es aplicable en el presente caso, por ser una norma ilegal. Y sostiene así mismo, que aún en el caso de ser aplicable, no se cumplió el supuesto que ella prevé para que se configure el fenómeno del silencio administrativo positivo, pues los términos estuvieron suspendidos en el Ministerio entre los días 7 de septiembre y 11 de octubre de 1973.

"II.11. En cuanto al primer aspecto mencionado por el apoderado del Ministerio, es decir, la presunta ilegalidad del artículo 19 del decreto 1275 de 1970, por haber excedido, según tal apoderado, la potestad reglamentaria, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones.

"La ley reglamentada, es decir, la ley 20 de 1969, cambió definitivamente y en forma radical el sistema minero existente en Colombia, que era muy favorable para el explotador de minas. Los particulares, que venían gozando de derechos claramente consagrados por la antigua legislación minera, resultaron enfrentados, como consecuencia de la nueva ley, al cumplimiento de una serie de cargas, algunas de ellas bastante gravosas, y casi lesivas de sus derechos adquiridos.

"No puede predicarse entonces exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en un caso como el presente, cuando como lo ha dicho desde hace mucho tiempo el Consejo de Estado.

"LOS LIMITES DEL PODER REGLAMENTARIO DE LA LEY LOS SEÑALA LA NECESIDAD DE CUMPLIR DEBIDAMENTE EL ESTATUTO DESARROLLADO". (Sentencia de 10 de octubre de 1962, ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta, Anales Nos. 399 y 400, 1962, segundo semestre, pag. 40; las mayúsculas no son del texto).

"Dentro del juicio de oportunidad y necesidad que en su momento al expedir el reglamento, hizo el Gobierno, es decir, el Presidente de la República y el *Ministro de Minas y Petróleos*, pesaron factores como la imposibilidad y dificultad en que se encontraba la Administración *(el Ministerio de Minas)* de resolver oportunamente el sinnúmero de peticiones sobre derechos mineros que implicaba la carga impuesta por la ley 20 de 1969; el incumplimiento a que daba lugar esta situación del derecho de los administrados a obtener una pronta y oportuna decisión frente a las peticiones que habían formulado; el impresionante estado de zozobra, la inestabilidad, inseguridad y aún precariedad de las situaciones jurídicas individuales en el campo minero, con el irreparable y notorio perjuicio para la economía y riqueza del país (en contra de las finalidades de la ley 20 de 1969); que se podían originar con la nueva legislación minera; y en una palabra, la situación de desprotección de los derechos de los administrados a la que fácilmente se podía llegar, con violación del mandato del artículo 16 de la Carta.

"El apoderado del Ministerio afirma, sin darle a ello ningún fundamento, que el silencio administrativo positivo solo lo puede crear el legislador. Aseveración que muestra la concepción limitada que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene, muy distante de la amplitud que a tal facultad le reconoce el Consejo de Estado, dentro de los límites de la necesidad. Por ello, por ejemplo, ha considerado esta Corporación que el establecimiento de multas no implica extralimitación de la facultad del Gobierno de reglamentar las leyes cuando tal medida es *necesaria* para la debida ejecución de la ley. (Auto de 11 de octubre de 1962, en los mismos Anales citados antes, pag. 190).

"No deja de ser irónico que sea un abogado del Ministerio de Minas y Energía quien pretenda desconocer hoy, en este proceso, el juicio de oportunidad y necesidad que en su momento, en el reglamento, adoptó el entonces Ministerio de Minas y Petróleos. ¿O estará pensando el destacado apoderado de la parte demandada que se trata de dos Ministerios distintos?

"¿O estará pensando que para el Ministerio de Minas no rige el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*Nemo auditur propiam turpitudimem allegans*)?

"II.12. Volviendo al principio de la necesidad, es evidente que la actividad administrativa está subordinada a una serie de principios, con los cuales se busca que no obstante la situación de preminencia del Estado frente al particular, exista una cierta *"reciprocidad"* en cuanto a cargas, obligaciones y derechos, y una cierta *"proporcionalidad"* entre las cargas que se le imponen al particular, y la correlativa obligación del Estado de resolver oportunamente, dentro de un término prudencial y razonable, las peticiones de los particulares que se originan precisamente en el cumplimiento de esas cargas. Son pues principios como estos, reitero, los que sirven de fundamento para que el Gobierno, *por necesidad*, y por lo mismo, sin desbordar la potestad reglamentaria, pueda consagrar en un derecho reglamentario la figura del silencio administrativo positivo, en relación con peticiones cuya presentación impuso como carga la ley reglamentada.

"Y no debe olvidarse que el principio de la necesidad es un principio general del derecho administrativo. Latournerie, en su famoso estudio sobre la noción de servicio público (*"Sur un Lazare juridique; bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescende ou jouvence"*), ha dicho

"Es en efecto uno de los grandes principios que domina todo nuestro derecho administrativo; es aquel que podría ser calificado de principio de la autoridad funcional y en virtud del cual existe una relación entre la extensión de los poderes y el fin a que tiende su ejercico, así como las circunstancias que han dado a la autoridad competente la ocasión de actuar o que le imponen el deber de hacerlo" (Etudes et Documents, París, 1969, pag. 163).

"II.13. En cuanto al segundo aspecto mencionado por el apoderado del Ministerio, es decir, la presunta suspensión del término de cuatro meses consagrados en el artículo 19 del decreto 1275 de 1970, por razón del inventario y traslado de oficinas, baste citar la norma expresa y muy clara contenida en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor,

"En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. ... *"Los términos de meses y de años se computarán conforme al calendario"* (Se ha subrayado).

"Por eso dicen en forma concordante los tratadistas de derecho procesal civil que en los términos de meses no hay lugar a descontar los días inhábiles.

"Así por ejemplo, Hernando Devis Echandía sostiene

"Agrega el art. 121, que en los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho; los días sábados se contarán aunque solo hay despacho durante la mañana. En cambio, *los términos de meses y de años se computarán conforme al calendario, es decir, sin descontar los días inhábiles o de cierre del despacho".* (Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, vol. 1o., 4a. ed., Bogotá, 1978, pag. 133; se ha subrayado).

"Y por su parte, Hernando Morales Molina afirma

"Por precepto expreso (Art. 121), en los términos judiciales de días no se cuentan los inhábiles, entendiéndose por inhábil todo día en que no haya despacho para el público en el juzgado o tribunal (ibídem). *Cuando el término es de meses, se cuentan los días inhábiles.*" (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 7a. ed., Bogotá, 1978, pag. 367; se ha subrayado).

"Por tanto, en el presente caso es patente que el 22 de octubre de 1973 vencieron los cuatro meses de que disponía el Ministerio para resolver la petición presentada por los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez el 22 de junio de 1973. Y por lo mismo, como no se tomó ninguna decisión en ese lapso de tiempo, el Ministerio estaba obligado a dar aplicación al ya citado artículo 19 del decreto 1275 de 1970, en el sentido de considerar demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión. Y por lo mismo, el proceso administrativo originado en tal petición quedó fenecido.

"II.14. De todos modos, aún en el supuesto caso de que el Gobierno, es decir, el Presidente de la República y *el Ministerio de Minas y Petróleos,* hubiere desbordado la facultad reglamentaria, al expedir el decreto 1275 de 1970, *no podía el Ministro de Minas y Petróleos, ni el Ministro de Minas y Energía,* dejar de aplicar tales normas, alegando la supuesta ilegalidad de ellas, pues la excepción de ilegalidad no puede ser aplicada por los funcionarios administrativos subordinados de quien dictó la norma que pretenden desconocer. Y esto no es sino *una aplicación del principio* de la buena fe y específicamente del *principio general de derecho*, al cual está subordinada la Administración, *que prohibe ir contra sus propios actos.*

"Pero además, existen razones adicionales, pues permitir la aplicación de la excepción de ilegalidad por un Ministro es romper la estructura jerárquica de la Administración. Por eso dice Jaime Vidal Perdomo:

"... desde el punto de vista de las autoridades administrativas y en relación con los decretos del presidente de la República, tal posibilidad (la

excepción de ilegalidad) colocaría al funcionario que hiciera el discernimiento por encima de la suprema autoridad administrativa del jefe del Estado, contrariando de esa manera el art. 120 de la Constitución". (Derecho Administrativo, 5a. ed., Cali 1977, pag. 386).

"Y más adelante agrega, al referirse a la posibilidad de la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de un funcionario administrativo inferior:

"... su negativa quebranta la organización jerárquica de la administración y convierte al funcionario en juez de su superior" (ibid, pag. 387).

"Permitir la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de un funcionario administrativo subordinado a quien dictó la norma que aquel pretende desconocer, equivaldría a consagrar el desquiciamiento del orden jurídico, que tiene una estructura jerárquica, como Kelsen y Merkl bien lo estudiaron.

"II.15. Además, continuando con el tema de la buena fe, es preciso señalar las gravísimas consecuencias que se siguen de la posibilidad de aplicar por parte del Ministerio de Minas la excepción de ilegalidad. Y es que, en efecto, una vez que la administración ha establecido en el reglamento respectivo las reglas a que se debe someter el particular en el cumplimiento de unas cargas como las que le impuso la ley 20 de 1969 para la conservación de sus derechos, resulta contradictorio el que esa misma Administración pueda alegar, en perjuicio del particular, la ilegalidad de las normas que dictó. *La necesidad de la conducta coherente*, es decir, *la doctrina de los actos propios está también en la base de esta imposibilidad para la Administración de aplicar la excepción de ilegalidad.* Sobre este tema ha dicho Luis Díez-Picazo Ponce de León, en su obra "La doctrina de los Actos Propios":

"Unas de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisible toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza" (Op. cit., pag. 142).

"II.16. A la luz de las anteriores consideraciones, nítidamente se ve que el proceso administrativo originado de la petición formulada por

los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, presentada el 22 de junio de 1973 ante la Alcaldía municipal de Venecia, departamento de Antioquia, quedó definitivamente clausurado, por haberse configurado claramente la figura jurídica del silencio administrativo positivo, medio de terminación de procesos establecido por el decreto 1275 de 1970.

"II.17. Ahora bien, si como se ha visto, el proceso administrativo a que se viene haciendo referencia había fenecido, no podía el Ministerio continuar con el trámite del mismo. Y por lo mismo, cualquier actuación implicaba la puesta en marcha de un proceso nuevo, por lo cual la primera providencia que en él recayera debía notificarse personalmente. Sobre esta obligación es categórico el artículo 314, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, que establece que debe hacerse personalmente la notificación de la primera providencia que se dicte en *todo proceso*. Norma ésta que es aplicable en materia minera, por remisión que a los procedimientos judiciales hace el artículo 290 del decreto 1275 de 1970. Pero el requisito de la notificación personal, en el caso sometido hoy a estudio, nunca se cumplió.

"II.18. Aún si se aceptara, en gracia de discusión, que el Ministerio no estaba obligado a realizar la notificación personal de las resoluciones No. 002562 de 6 de julio de 1976, y No. 001316 de 28 de abril de 1977, en la forma prevista en el artículo 314, n. 1, del C. de P.C., se tendría sin embargo que la notificación por edicto que el Ministerio realizó tampoco se efectuó en forma válida, pues no se cumplieron los requisitos señalados en los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959, que contenía las normas vigentes en esa época.

"Es cierto que el artículo 11 del decreto 2733 de 1959 prevé la notificación por medio de edicto, cuando no se ha podido hacer la notificación personal. Pero como lo ha dicho el Consejo de Estado, en relación con las condiciones necesarias para que la notificación por medio de edicto sea válida, en sentencia de 20 de junio de 1969, con ponencia del Consejero Miguel Lleras Pizarro, dentro del proceso de que fue actor Marco Trujillo y Cía:

"La experiencia del Consejo enseña que, en general, poco cuidado ponen las autoridades para el cumplimiento de las normas relativas a la promulgación y a la notificación lo que induce a pensar que las consideran superfluas, trámite engorroso que difúculta la celeridad de la administración pública. La verdad es otra. Tales normas de linaje constitucional son garantía de la libertad individual de idéntica categoría a las demás que tiene el título tercero de la Carta y su violación debería estar penada como la detención arbitraria. ...

"Se ha generalizado el procedimiento de suponer, sin averiguarlo en cada caso, que es imposible hacer la notificación personal y se prescinde de toda tentativa para cumplir ese requisito esencial y el proceso se inicia con la notificación por edicto. Pero a la hora de cobrar o exigir el pago de todos los recaudadores encuentran el domicilio del deudor para hacerle la notificación cuando ya no hay recurso alguno. El edicto no puede utilizarse como medio de notificación sino cuando hubiere sido imposible la noticia personal y esta imposibilidad debe constar por escrito con testimonio rendido bajo la gravedad del juramento de la persona que ha sido encomendada para dar el aviso, testimonio en el que debe constar que no ha sido posible hallar el domicilio o que la persona de que se trata no ha sido posible encontrarla" (Anales, Nos. 421 y 422, pag. 358 y 359).

"Y por su parte el mismo Consejo, con ponencia del Consejero Gustavo Salazar Tapiero, en sentencia de 22 de junio de 1972, Actor: Helicol, dijo:

"La expresión de la ley *'si no se pudiere hacer la notificación personal'* (Decreto 2733 de 1959, artículo 11) les impone a las autoridades la obligación de hacer gestiones tendientes a comunicarle al interesado la expedición de la providencia para que se presente a recibir la notificación personal de la misma, entre las cuales está en primer lugar la de enviarle la carta de citación con empleado de la oficina con el encargo de entregarla en la dirección registrada y obtener recibo de la entrega del despacho. Y si no reside en la ciudad comisionando a los funcionarios de la vecindad del interesado para que lo hagan en igual forma. Solo entonces, si el interesado no se presenta en el plazo señalado, puede acudirse al procedimiento de la notificación por edicto". (Anales, primer semestre de 1972, Tomo LXXXII, pag. 440).

"II.19. No sobra hacer referencia aquí a otro de los argumentos del apoderado del Ministerio, en relación con el problema de la indebida notificación de las resoluciones demandadas.

"Sostiene en su memorial tal apoderado que la demanda es inepta (sic), por falta de los requisitos formales, y que por tanto esa Corporación no puede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, pues ha debido señalarse en aquella, como violada, la ley 10 de 1961 en su artículo 28, que es la norma que rige la notificación de las resoluciones que ponen fin a una actuación en materia de minas, por disposición expresa, en tal sentido, del artículo 290 del decreto 1275 de 1970.

"Una vez más se pone de presente la confusión en que incurre el apoderado del Ministerio en relación con el carácter jerárquico del ordenamiento jurídico.

"En efecto, el *decreto 1275 de 1970 es un decreto reglamentario. No podía derogar,* por tanto, *una norma superior como era en esa época el decreto-ley 2733 de 1959*, reformatorio de los artículos 74 y siguientes de la ley 167 de 1941, que era el anterior Código Contencioso Administrativo, decreto-ley aquel que actualmente se encuentra derogado por disposición expresa del decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo.

"Por lo mismo, con el procedimiento empleado para la notificación de las resoluciones acusadas, el Ministerio incurrió en violación de los artículos 10, 11 y 12 del decreto-ley 2733 de 1959, tal como se afirma en la demanda. La remisión que hace el artículo 290 del decreto reglamentario 1275 de 1970 al artículo 28 de la ley 10 de 1961, es inocua, en cuanto en esta última norma se consagra un procedimiento de notificación sustancialmente igual al que se hallaba previsto en el decreto-ley 2733 de 1959.

"II.20. Y no sobra hacer también, en este momento, una nueva referencia a la presunta indebida acumulación de pretensiones, atribuida por el apoderado del Ministerio a la demanda con que se inició el presente proceso, y que harían que ésta fuera inepta.

"Ya se dijo antes, en la síntesis de los hechos del proceso, que maliciosa o equivocadamente el apoderado del Ministerio desconoció el texto de la solicitud formulada por los señores Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, para darle a ella un alcance contrario a la realidad.

"Es claro que de acuerdo con las normas del decreto 1275 de 1970, y específicamente, de acuerdo con el artículo 11 y su parágrafo, y con lo previsto en el inciso segundo del artículo 14, cuando el interesado no pudiera aportar con su solicitud el fallo que declarara el derecho invocado, en los casos de minas adquiridas por título diferente de la adjudicación o la redención a perpetuidad, el Ministerio tenía el deber de hacer la declaración a que se refiere el inciso segundo del artículo 14, es decir, declarar únicamente acreditado el hecho de la explotación económica, con lo cual el interesado quedaba investido de todas las prioridades y prerrogativas del explotador.

"Por tanto, si bien es cierto que existe incompatibilidad entre las peticiones de reconocimiento de propiedad de una mina, y de otorgamiento de la misma en concesión o en permiso, *tal incompatibilidad no existe cuando se solicita que al interesado se le reconozcan las prioridades y prerrogativas del explotador, y se solicita así mismo el otorgamiento de una mina en concesión o en permiso, que son las formas naturales de concreción de los derechos del explotador.*

"II.21. Y tampoco sobra señalar que cuando el apoderado del Ministerio se refiere a una supuesta notificación por conducta concluyente de la resolución No. 002562 de julio de 1976, por medio de la cual se señaló un término de 30 días para dar cumplimiento a unos requisitos, por lo cual el término se halla vencido, olvida que existe una resolución posterior que declaró retirada la solicitud No. 328, precisamente por el incumplimiento de tales requisitos. Carece por tanto de sentido la oposición a la segunda petición subsidiaria de la demanda.

"Contrasta la conducta del apoderado del Ministerio, en lo tocante a términos, con la conducta observada por el Ministerio cuando se le solicitó la revocatoria directa de las resoluciones demandadas, petición a la cual nunca se le dio solución.

"III. CONSIDERACIONES FINALES.

"Todas las consideraciones que se han hecho a lo largo de este escrito muestran que Estanislao Posada Vélez, Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez cumplieron a cabalidad y de *buena fe* todas las obligaciones y cargas que les impuso la ley 20 de 1969 y su decreto reglamentario 1275 de 1970. En cambio el Ministerio de Minas y Energía *faltó* en sus actuaciones al *principio de la buena fe*, que es un principio general que rige la actividad administrativa.

"Como dice el importante iluspublicista español José Luis Villar Palasí, al afirmar la vigencia en el derecho público de este principio, éste.

"... para el Derecho Público continúa conservando excepcionalmente, la función de delimitaciones del *quantum* de derechos, deberes, obligaciones y cargas, como criterio judicial y administrativo, como una de las tantas formas o caminos por los que el Derecho lógico pasa a convertirse en Derecho Tópico, en justicia del caso concreto; a modo de técnica jurídica que funciona como el freno de urgencia cuando la conclusión dogmática no es alcanzable o llega a resultados contradictorios" (Derecho Administrativo, Madrid, 1968, pg. 549).

"Entre nosotros, el H. Consejo de Estado, en fallo de septiembre 19 de 1974, con ponencia del consejero Miguel Lleras Pizarro, tuvo ocasión de afirmar la vigencia de uno de los corolarios de este principio de la buena fe, el de la lealtad tributaria. Se expresó allí que:

"... la lealtad tributaria es deber recíproco, del contribuyente para con el fisco y del fisco para con el contribuyente..."

"Y por su parte, el también conocido publicista español Jesús González Pérez, en su importante obra "El Principio General de la Buena Fe en el

Derecho Administrativo", ha señalado, sin lugar a dudas, la vigencia del principio de la buena fe en todo ordenamiento jurídico, y en todos sus ámbitos, como consecuencia del carácter que tiene de principio general del derecho.

"El de la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración.

"El hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa duda de su pleno reconocimiento".

"Y a continuación agrega:

"EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE ES EXIGIBLE EN LOS ACTOS JURIDICOS, EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES". (Véase la obra citada. Madrid, 1983, pags. 19, 20 y 21).

"Si el principio de la buena fe rige, pues, en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y por lo mismo, en el ámbito del derecho administrativo, en la presente controversia se ha de concluir que aún en el caso de que por razones legales el Ministerio hubiera estado facultado para continuar con el trámite del proceso administrativo promovido por el doctor Estanislao Posada Vélez (senador de la República en varios períodos, hasta el año de 1982), Ofelia Lemos de Velásquez y Bernardo Posada Vélez, dicho principio de la buena fe exige la protección de los derechos de la parte demandante. Pues como bien lo señala el mismo Jesús González Pérez, en la obra citada, cuando hay violación de aquel principio, entre los efectos previstos se encuentran el de evitarle al administrado que obra de buena fe las consecuencias perjudiciales del ejercicio inadecuado de un derecho, y el de limitarle, así mismo, los efectos del incumplimiento de una carga o de una obligación (obra citada, pags. 72 y ss.).

"Por todas las anteriores consideraciones, muy respetuosamente me permito solicitarle nuevamente se acceda a las pretensiones de la demanda. (fls. 33-69, cuaderno ppal).

– III –

CONDUCTA PROCESAL DE LA MANDATARIA DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Dentro del término de ley, alegó de conclusión, para exponer:

"Como apoderado de la Nación, Ministerio de Minas y Energía, presento a su consideración el alegato de conclusión, reiterando la oposición del Ministerio de Minas y Energía a las pretensiones del actor, por las razones que a continuación expongo:

"1. INEPTA DEMANDA.

"La demanda presentada es inepta por cuanto se omitió señalar las disposiciones que a juicio del demandante se consideraban violadas, así, se omitió tener en cuenta que el artículo 290 del Decreto 1275 de 970, vigente al expedir las resoluciones hoy controvertidas señala que

"En los trámites administrativos de que trata el presente Decreto, se observarán las reglas de procedimiento judicial que sean compatibles con la naturaleza de aquellos, a fin de llenar los vacíos que puedan presentarse. Pero las notificaciones de las providencias que ponga fin al negocio o *actuación se regirán por el artículo 28 de la Ley 10 de 1961*".

"Es apenas elemental que si se considera que hay indebida notificación debe referirse en su escrito al Artículo 28 de la Ley 10 de 1961, pero como no lo hizo, fácil es concluir que la demanda no cumple con los requisitos de forma, y en consecuencia no puede haber pronunciamiento de fondo. Ruego se tenga en cuenta esta omisión al estudiar las pretensiones sobre hipotéticas nulidades por indebida notificación.

"También es inepta la demanda por cuanto contiene una indebida acumulación de pretensiones, pues de una parte (petición primera) se pretenden derechos de dominio sobre los yacimientos y de otra (petición cuarta) se solicita que la Nación otorgue unos derechos que en la petición primera dice mantener.

"Igualmente, el pretendido derecho ante el Ministerio de Minas y Energía fue solicitado por los señores Ofelia Lemos de Velásquez, Bernardo Posada y Estanislao Posada Vélez y la demanda sólo es presentada por una agente oficioso de este último peticionario.

"2. INEXISTENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

"Basta detenerse en el documento público que en copia auténtica obra al proceso y en el que aparece una constancia del Secretario General del Ministerio de Minas y Energía, sobre suspensión de términos entre el día 7 de septiembre de 1973 hasta el 11 de octubre del mismo año, para darse cuenta que el 30 de octubre de 1983 y dentro del término de ley el Viceministro de Minas y Energía profirió un acto administrativo que rompió el silencio administrativo positivo fundamento de la demanda.

"Por tal razón, se debe considerar que no operó el silencio y desestimarse la pretensión que se funda en este hecho.

"3. EFICACIA Y VALIDEZ DE LAS RESOLUCIONES Nos. 002562 DEL 6 DE JULIO DE 1976 Y 001316 DEL 28 DE ABRIL DE 1977.

"Si el Ministerio de Minas y Energía tenía plena competencia para proferir las citadas resoluciones y estas se notificaron con arreglo al procedimiento vigente, sólo restaría determinar si su contenido se ajustaba o no a las disposiciones legales vigentes en ese momento.

"A este respecto sea del caso resaltar que no existe en el proceso prueba alguna que acredita falsa motivación o desviación de poder o cualquier otra causal; el Ministerio actuó conforme a derecho al conceder un término para que el interesado presentara con arreglo a la ley su petición. ¿Qué otra actuación podía seguirse si el interesado guardó silencio, sino considerar finiquitada su infundada pretensión?

"4. EXTINCION DE LOS DERECHOS

"Si se acepta que el actor-oficioso tenía algún derecho sobre los yacimientos; debía darse aplicación al Artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 que consagraba la extinción de los derechos de los particulares, si el 22 de diciembre de 1972, no habían iniciado la explotación económica de las minas respectivas.

"La inspección judicial y el dictamen pericial demuestran que NO HAY EXPLOTACION ECONOMICA DE LOS YACIMIENTOS.

"No puede entenderse que unos cateos o toma de muestras de un mineral constituyan explotación económica y que unas cláusulas contractuales otorguen derechos sobre yacimientos que son de propiedad de la Nación, o que unos simples testimonios acrediten derecho de dominio.

"Es más, en la misma demanda se confiesa que la explotación "no ha podido llevarse a cabo".

"5. INEXISTENCIA DE LA FUERZA MAYOR

"Ni el dictamen pericial, ni la inspección judicial, ni las declaraciones de "terceros", prueban hechos constitutivos de la fuerza mayor; acreditan más bien que es cierto y evidente que el demandante no ha ejercitado hecho alguno de explotación y que por su inactividad una gran parte de la inmensa riqueza minera de las montañas antioqueñas permanecen sin producir ningún beneficio social.

"6. IMPROCEDENCIA DE LAS PETICIONES CON ARREGLO A LA LEY 61 DE 1979

"Aún cuando se considere que el peticionario conservó su "derecho sobre los yacimientos carboníferos", con arreglo a lo determinado en la Ley 20 de 1969 y su derecho reglamentario 1275 de 1970, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la Ley 61 de 1979 (norma derogada por el Decreto 2655 de 1988) su derecho se habría extinguido por cuanto:

"a) Conforme al Artículo 1o. solo podían explotarse las minas de carbón por el sistema de aporte otorgado a Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

"b) Se exceptuaban de esta regla general:

– Las áreas de permisos o concesiones ya otorgadas.

– Las áreas que se estuvieran explotando con anterioridad al 10 de diciembre de 1973 y que se continuaran explotando a la vigencia de la Ley 61 de 1979.

"CONCLUSIONES

"Para mayor claridad y concreción, a continuación entro a exponer las causas por las cuales ninguna a las peticiones es procedente:

"1. El peticionario debía demostrar ante el Ministerio de Minas y Energía y no ante el Honorable Consejo de Estado los hechos que demuestran la fuerza mayor y nada de esto hizo. En este proceso tampoco se configuran las causas de fuerza mayor.

"2. No puede accederse a esta pretensión por cuanto el Ministerio de Minas y Energía en uso de su competencia y dentro del término, profirió las resoluciones a que se refiere esta petición. No existe el silencio administrativo positivo porque de una parte los términos se suspendie-

ron y de otra, la norma que lo consagraba excedía lo establecido en la Ley.

"3. El estado no puede amparar lo que no se tiene y está demostrado que el actor oficioso no tenía ningún derecho adquirido. Es más, cualquier declaración sobre minas de carbón debía tener como fundamento jurídico la Ley 61 de 1979 y ésta solo reconoció como un derecho adquirido la propiedad debidamente demostrada, y el hecho de la explotación anterior al 10 de diciembre de 1973, y nada de esto se demostró.

"Las arenas no son yacimientos que se regulan por el Decreto 1275 de 1970 y sobre ellas no existía competencia del Ministerio de Minas y Energía.

"4. Esta petición era objeto de trámite administrativo y sobre ella nada dijo. El artículo 22 del Decreto 1275 de 1970 exigía que esta petición se hiciera en forma subsidiaria y como no se hizo, se trata de una petición nueva que como tal debe desestimarse.

"PETICION SUBSIDIARIA DE LA CUARTA.– También se debe negar las razones anteriores; si quería un permiso debía haberlo solicitado. ¿Por qué no lo hizo oportunamente?

"PRIMERA PETICION SUBSIDIARIA.– No es una petición subsidiaria, es la misma segunda petición, pero si así no fuere tampoco podría accederse a ella porque la Resolución 002562 del 6 de julio de 1976, era una simple resolución de trámite que no requería de más formalidades para su notificación que las ya surtidas en el Ministerio.

"SEGUNDA PETICION SUBSIDIARIA.– Ante la legalidad de las resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía ¿a qué título se otorgaría la concesión pedida?

"TERCERA PETICION SUBSIDIARIA.– No es una petición subsidiaria pues es la misma petición cuarta. El Ministerio de Minas y Energía no tenía competencia para otorgar derechos sobre los yacimientos de arena o canteras, y para el carbón debía darse cumplimiento a la Ley 61 de 1979 y no está demostrado que hubiera habido explotación.

"PETICION SUBSIDIARIA A LA TERCERA.– Por las razones anteriores tampoco es procedente tal petición. Por lo anterior, considero que deben denegarse las peticiones del demandante, absolverse a la Nación, Ministerio de Minas y Energía, y condenar al agente oficioso y al actor al pago de las costas del proceso. (fls. 130-133, cuaderno ppal).

– IV –

VISTA FISCAL

A folios 173 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el concepto de fondo rendido por la Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en el cual: OBSERVA:

"Para conceptuar se procede a examinar los presupuestos procesales y las peticiones de la demanda.

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.– La demanda fue propuesta por quien estaba procesalmente legitimada y dentro del plazo contemplado por la ley. Además la demanda reune los requisitos legales y las peticiones, principales y subsidiarias, separadamente consideradas, son coherentes entre ellas y no se contraponen; pues, aunque el apoderado de la Nación afirma que las peticiones primera y cuarta principales se contradicen, esta Fiscalía observa que, en principio, según el artículo 23 del decreto 1275 de 1970 se complementan porque, mediante la prueba de haberse iniciado en tiempo la explotación económica o de la causal justificativa de la suspensión de la explotación, se puede optar por la propuesta para que la mina se otorgue en concesión o permiso. De manera que es procedente resolver en el fondo.

LAS PETICIONES PRINCIPALES.– Como se indicó, estas peticiones buscan que se declare que se cumplió el fenómeno del silencio positivo en favor del demandante y que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 002562 de 6 de julio de 1976 y 001316 del 28 de abril de 1977, que se declare que el Estado debe amparar y reconocer los derechos adquiridos legítimamente y que el demandante y sus comuneros tienen derecho a que se les otorguen las minas en concesión o permiso.

"El artículo 19 del Decreto 1275 de 1970 disponía que "se entenderá que se ha demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión, cuando dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la solicitud del interesado el Ministerio no haya resuelto nada al respecto".

"Esta disposición debe entenderse con fundamento en los artículos 1o. y 3o. de la Ley 20 de 1969 y en armonía con otras disposiciones del citado decreto. El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 dispone que "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros", que constituyan "situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos" y el artículo 3o. ibídem prescribe que los derechos que tengan los particulares a cualquier título sobre esas minas se

extinguirá si, dentro de los tres años siguientes a la promulgación de la ley, no han iniciado la explotación económica, o si habiendo principiado, fue suspendida por más de un año.

"En este orden de ideas, el Decreto 1275 de 1970 prescribía que quienes quisieran acogerse a este régimen de excepción debían solicitarlo expresamente y demostrar, además de otros aspectos específicos, el correspondiente título o la sentencia que reconozca el derecho y el hecho de haber iniciado la explotación económica dentro del término señalado por la ley. El decreto reglamentario, más permisivo que la ley, admitía que la explotación económica no se realice, por los motivos indicados en el artículo 15 ibídem y que pudieran existir circunstancias justificativas de la suspensión de la explotación. Pero, en todo caso, para mostrar la situación de excepción, es menester demostrar el título o sentencia que acredite el derecho.

"Las personas que incurrieran en las causales de extinción de derecho, según el artículo 21 del Decreto 1275 de 1970, tenían prioridad para que se les otorguen la mina en concesión o permiso; y las que solo demostraron la explotación económica o la causal justificativa de la suspensión, sin haber aducido el título o sentencia que demuestra el derecho, conforme al artículo 23 ibídem, el interesado podía presentar "en subsidio la solicitud o propuesta para que todas las minas les sean otorgadas en aporte, concesión o permiso".

"En este caso, Ofelia de Velásquez, Bernardo y Estanislao Posada Vélez, solicitaron al Ministerio de Minas y Petróleos –hoy de Minas y Energía– "dictar resolución motivada por medio de la cual se defina que la explotación económica se ha iniciado oportunamente y que, por lo tanto, se mantiene el derecho particular de los suscritos, en relación con las minas de carbón y de arena", localizadas en el inmueble ubicado en el Municipio de Venecia, Departamento de Antioquia, denominado "Samaria", con dos lotes contiguos alinderados como ahí se determina. Los solicitantes afirman que "las minas de carbón y de arena de que se trata pertenecen: una mitad a Bernardo Posada Vélez, un derecho de cuarta parte a Ofelia Vélez de Velásquez y la otra cuarta parte al señor Estanislao Posada V." (fl. 13 C. 1).

"En subsidio pidieron "que se haga la declaración del artículo 15 del decreto 1275 de 1970, habida cuenta de los altos costos de producción, que obligaría a soportar onerosas condiciones de transporte, haciendo por el momento, antieconómica la mayor intensidad en la explotación y demás factores que tienen incidencia en los rendimientos del negocio minero en el sitio de Samaria. ..." (fls. 13. vto. y 14 C. 1).

"De manera que los solicitantes, que acompañaron algunos documentos demostrativos de la propiedad, no invocaron ni menos adujeron el título o la sentencia demostrativa de su derecho excepcional, según el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969; afirmaron ser dueños de las minas y que ellas están descubiertas, pero que es antieconómica su explotación. Además, como afirmó el apoderado de la Nación no solicitaron, como exige el artículo 23 del Decreto 1275 de 1970, que se les otorguen las minas en aporte, concesión o permiso.

"De manera que, en conclusión, no se solicitó el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las minas y, si se afirmó su existencia y ubicación, no se pidió que se otorguen en aporte, concesión o permiso.

"La solicitud fue presentada personalmente por Bernardo y Estanislao Posada Vélez ante el alcalde de Venecia el 22 de junio de 1973 (Fls. 14 vto. C.1) y recibida en el Ministerio de Minas y Petróleos el 5 de julio siguiente, donde se radicó con el número 328 (fl. 15 C – 1).

"Según constancia que obra en el expediente, los términos administrativos se suspendieron desde el 7 de septiembre hasta el 1-í de octubre de 1973 (fl. 3, C – 2). Por consiguiente, el acto del 30 de octubre de 1973, que ordenó remitir el expediente a la Sección de Propuestas y Contratos y ordenó otras diligencias y admitió al doctor Estanislao Posada Vélez "como representante legal del reconocimiento No. 328", se dictó dentro del plazo prescrito por el art. 19 del Decreto 1275 de 1970.

"El señor apoderado de la parte demandante arguyó que, según el Código de Procedimiento Civil, los plazos de meses no excluyen, sino que comprenden los días feriados y de vacantes; pero en este caso se trata de la suspensión de términos administrativos, que como sucede en los procesos judiciales, implica imposibilidad de resolver y, en consecuencia, el lapso que comprende la suspensión se debe descontar de los plazos o términos administrativos o judiciales. Además, el art. 19 del Decreto 1275 de 1970 contraría manifiestamente la Ley 20 de 1969, que no contempla ningún género de silencio y, por lo mismo, si fuere pertinente, no se debería aplicar conforme a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 de la Ley 4a. de 1913.

"Pero aún en la hipótesis improbable de admitir que el artículo 19 de Decreto 1275 de 1970 no infringía ostensiblemente la ley y que contra la evidencia no hubo suspensión de términos, el silencio positivo que contempla no habría tenido por consecuencia demostrar el derecho excepcional del demandante a las minas, conforme a lo dispuesto por el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969, sino simplemente comprobar que

"la causa justificativa de la suspensión", pero ni siquiera "el hecho de la explotación" porque como ya se indicó, los solicitantes no lo invocaron sino, por el contrario, afirmaron las antieconómicas condiciones de explotación.

"Además el demandante en la primera petición también pide que se declare que "tiene todas las prioridades y prerrogativas que para explotar las minas reconoce el Decreto 1275 de 1970". Pero éstas, aún en la hipótesis de que fuera posible y se hubiera configurado el silencio positivo, según los artículos 21 y 22 del decreto 1275, sólo se reconocía "a las personas que hayan incurrido en alguna de las causales generadoras de la extinción del derécho" que solicitaran que les otorguen las minas en aporte, concesión o permiso y demotraran haber "realizado estudios serios" y "la seriedad y el avance de los trabajos exploratorios de la zona respectiva y la capacidad económica y financiera del solicitante o proponente".

"De manera que, en conclusión, por los motivos indicados, ni la primera ni la cuarta peticiones principales de la demanda pueden prosperar; además, respecto de la cuarta petición principal, además de lo expuesto, el demandante no solicitó que se le otorguen las minas en concesión o permiso.

"El demandante también pide que se declara la nulidad de las Resoluciones Nos. 002562 de 6 de julio de 1976 y 001316 de 28 de abril de 1977.

"Esta petición se hizo como consecuencia de la prosperidad de la primera. Pero, como ésta debe ser denegada, la segunda petición principal, por este efecto, tampoco puede prosperar.

"Pero, como el actor también aduce otros motivos específicos, es menester examinarlos.

"La Resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976 fijó el término de 30 días para que los solicitantes alleguen las pruebas solicitadas por las Secciones de Propuestas y Contratos y Fomento Minero (fl. 8 y 9 C - 1).

"Este acto administrativo, en cuanto ordenó allegar pruebas, es de simple trámite, fue dictado para complementar los elementos necesarios para tomar la decisión y, por lo mismo, no puso término al proceso. En consecuencia, como no puede ser objeto de acción, sobre ella no se puede proferir ninguna decisión.

"El demandante también pidió que se declare la nulidad de la Resolución 001316 de 11 de abril de 1977 que declaró retirada, para todos

los efectos legales, la petición de los solicitantes y ordenó archivar el expediente por considerar que no se dio cumplimiento al artículo 9o. del Decreto 1275 de 1970.

"El demandante estima que el mencionado acto es violatorio de los artículos 11 y 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959, 314 del Código de Procedimiento Civil, 19 y 20 del Decreto 1275 de 1970 porque se expidió sin que personalmente hubiera sido notificada legalmente la No. 002562 de 1976.

Pero como se indicó, la Resolución No. 002562 de 6 de julio de 1976 es una providencia de trámite que no puso término al procedimiento administrativo y que, por lo mismo no debía notificarse personalmente. Se notificó por edicto, sin que fuera obligatorio hacerlo (fl. 9 C - 1). En consecuencia no se desconocieron o infringieron las mencionadas disposiciones invocadas por el actor.

También se afirma que la Resolución No. 001316 de 11 de abril de 1977 infringió los artículos 12 del Decreto 1275 de 1970 y 10, 11 y 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959 porque el Ministerio de Minas y Energía no hizo las diligencias necesarias para notificar las Resoluciones Nros. 002562 de 6 de julio de 1976 y 001316 de 28 de abril de 1977 en el Municipio de Venecia.

"Pero aún en el supuesto de aceptar como cierta esta afirmación, sería, en el peor de los casos una informalidad en la notificación de esos actos pero no un vicio que pueda hacerlas anulables. Además, este hecho no está demostrado en el proceso, como tampoco está comprobado que esos actos podían notificarse personalmente en el Municipio de Venecia, no obstante que los solicitantes afirmaron estar domiciliados en Medellín.

En fin, como afirma el apoderado de la Nación, el artículo 290 del Decreto 1275 de 1970 disponía que las notificaciones se practiquen con base en las reglas "del procedimiento judicial que sean compatibles", porque "las notificaciones de las providencias que pongan fin a un negocio o actuación y los recursos se regirán por el artículo 23 de la ley 10a. de 1961". De donde se deduce que la Resolución No. 001316 de 23 de abril de 1977 debió notificarse conforme a este precepto y no con fundamento en los invocados artículos 10, 11 y 12 del Decreto-ley 2733 de 1959 y 314 del Código de Procedimiento Civil. Pero aún si se aceptare, en gracia de discusión que la notificación del acto mencionado fue irregular o ilegal, este hecho, en sí mismo considerado, no sería causal de nulidad del mismo.

"De manera que no pueden prosperar las peticiones principales de la demanda.

"Tampoco puede prosperar la petición subsidiaria de la cuarta principal, consistente en que se declare que el demandante y sus comuneros tienen derecho a que se les otorguen las mismas minas a título de permiso, porque, por una parte, mediante Resolución 001316 de 28 de abril de 1977, se dio por retirada la solicitud porque el actor no le dio cumplimiento a algunos de los requisitos prescritos por el artículo 9o. del Decreto 1275 de 1970, porque sólo es demandante el doctor Estanislao Posada Vélez, mas no "sus comuneros" y porque en la petición que hizo el Ministerio de Minas y Petróleos conjuntamente con Ofelia de Vásquez (sic) y Bernardo Posada Vélez no solicitaron que se les otorgue permiso para explotar las minas.

"Las demas peticiones subsidiarias, en el fondo reiteran las principales, a saber:

"En primer término se pide que se declare la nulidad de la Resolución No. 001316 de 28 de abril de 1977 del Ministerio de Minas y Petróleos, porque se dictó sin que fuera notificada legalmente la No. 002562 de 6 de julio de 1976 del mismo Ministerio. Este argumento ya fue objeto de análisis, a propósito del estudio de las peticiones principales, y se desechó porque la Resolución 002562 de 6 de julio de 1976 es de trámite y legalmente no era necesario notificarla personalmente. Sin embargo, fue notificada por edicto, sin que ello fuera obligatorio.

"También se pide que se declare que el demandante y los comuneros tienen un término de treinta días, contados desde la ejecutoria de la sentencia, para dar cumplimiento a la Resolución 002562 de 6 de julio de 1976 del mencionado Ministerio. Pero, como según el estudio de las peticiones principales, la Resolución 001316 de 28 de abril de 1977, no infringe ninguna de las disposiciones invocadas como violadas, debe mantenerse.

"Las dos últimas peticiones subsidiarias tienen por objeto que se declare que el demandante y "sus comuneros" tienen derecho a que se les otorguen las minas en concesión o permiso. Pero, como estas peticiones, como la anteriormente analizada, son consecuenciales de la primera petición subsidiaria, como ésta no prospera tampoco se puede acceder a ellas.

"De manera que, en conclusión, como la Resolución 001316 de 28 de abril de 1977 no infringió ninguna de las disposiciones invocadas, esta Fiscalía solicita que se denieguen las peticiones principales y subsidiarias de la demanda.

"En conclusión, el demandante no demostró ni el título ni la explotación económica que exige el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969.

"En estos términos deja la Fiscalía rendido el concepto solicitado. (fls. 180-199 - C. Ppal).

— V —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Como el apoderado del centro de imputación jurídica demandado propuso excepciones, la Sala entra a estudiarlas, en el mismo orden que presentan en el escrito en que se alegó de conclusión, el cual se dejó transcrito en otro aparte de esta providencia.

1. **INEPTA DEMANDA.** La Sala no encuentra que en el caso en comento la demanda sea inepta. Pretender que lo sea por la simple circunstancia de que el actor no citó en el libelo el artículo 28 de la Ley 10 de 1961, es vía amplia para rendirle culto a la forma, y no a lo sustancial del derecho, con olvido de lo preceptuado en el artículo 228 de la Constitución Nacional. Por lo demás, el ejercicio de las acciones no puede manejarse con la filosofía de la "PROPOSICION JURIDICA COMPLETA", que tan cuestionada ha sido en materia de causación.

Tampoco se registra una indebida acumulación de pretensiones, pues no es cierto que en la primera se pretendan derechos de dominio sobre los yacimientos. Del temperamento que ella tiene sólo se desprende una solicitud orientada a que se declare que operó el silencio administrativo positivo y que, por lo mismo, *"QUEDO DEMOSTRADO EL HECHO DE LA EXPLOTACION ECONOMICA O LA CAUSA JUSTIFICATIVA DE LA SUSPENSION"*. Nada más, pero tampoco nada menos. Esa pretensión no repele la cuarta, en la cual se impetra que se declare que el señor Estanislao Posada Vélez y sus comuneros "... tienen derecho a que se le otorguen las mencionadas minas de carbón y arena, a título de concesión, pedida en la citada solicitud No. 328 de 22 de junio de 1973, todo de conformidad con las normas vigentes en ese entonces". Cosa distinta es que, por las razones que más adelante se darán, esta aspiración no tenga vocación de prosperidad.

2. **INEXISTENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.** La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado del Ministerio de Minas y Energía cuando afirma que, en el caso en comento, no se dio el silencio administrativo positivo, porque el día 30 de octubre de 1973 la citada entidad profirió un acto que lo rompió. Más adelante se volverá sobre este mismo particular, para destacar cómo en estos casos el plazo se REANUDA, circunstancia que explica que entre esa fecha y el 6 de julio de 1976, cuando la administración fijó un término de treinta (30) días para dar cumplimiento a las observaciones contenidas en los informes, el término de cuatro meses que tenía para decidir estaba en exceso vencido.

3. **EFICACIA Y VALIDEZ DE LAS RESOLUCIONES Nos. 002562 DEL 6 DE JULIO DE 1976 Y 001316 DEL 28 DE ABRIL DE 1977.** Se trata de una afirmación, no de una excepción. A lo largo de los considerandos de este fallo se precisarán las razones de alcance jurídico por las cuales la tesis que se recoge bajo el rubro anterior, no es de recibo.

4. **EXTINCION DE LOS DERECHOS.** Si no hay explotación económica de los yacimientos, como lo predica el procurador judicial de la parte demandada, no deja de ser un infortunio para la administración la circunstancia de que haya dejado operar el silencio administrativo positivo. Sería este un caso más, de los muchos que se registran en los tribunales, en que no es lícito alegar la propia torpeza. *"Nemo auditur propiam turpitudinem allegans"*.

5. **INEXISTENCIA DE LA FUERZA MAYOR.** Si no hubo fuerza mayor, como lo predica el demandado, es otro infortunio para la administración, pues gracias a su negligencia permitió que se diera el silencio administrativo positivo, que permitió definir las cosas en sentido contrario.

6. **IMPROCEDENCIA DE LAS PETICIONES CON ARREGLO A LA LEY 61 DE 1979.** No se trata de una excepción sino del manejo de una perspectiva jurídica, que también la estudiará la Sala en otro aparte de este proveído.

Por todo lo expuesto, no prosperan las excepciones que se dejan estudiadas.

B) Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares de caso:

PRIMERA: Que el día veintidos (22) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), los señores BERNARDO POSADA VELEZ Y ESTANISLAO POSADA VELEZ, para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 12 del Decreto 1275 de 1970, presentaron ante el Señor Alcalde del Municipio de Venecia un memorial dirigido al Señor Ministro de Minas y Petróleos, en el cual le solicitan "... dictar RESOLUCION motivada por medio de la cual se defina que la explotación económica se ha iniciado oportunamente y que, por lo tanto, se mantiene el derecho particular de los suscritos, en relación con las minas de carbón y de arena existentes. ..." en una finca territorial, rural, situada en el Municipio de Venecia del Departamento de Antioquia, denominada SAMARIA" y formada por dos lotes contiguos, cuyos linderos se precisan en el referido escrito. Al final del citado memorial se agrega que, para satisfacer las exigencias de los Decretos 1275 de 1970 y 2181 de 1972, acompañan los siguientes documentos:

1o.) Copia de los títulos de propiedad, esto es, la Escritura Nro. 1003 de 25 de mayo de 1966, debidamente registrada;

2o.) Declaraciones juramentadas para los efectos de los ordinales d) y f) ibídem.

3o.) Planos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y otro debidamente dibujado como ordena el ordinal e) ibídem;

4o.) Copia del estudio de los yacimientos por el Dr. Hernán Restrepo Acevedo, Ingeniero y Geólogo; (Anexo 1, fol 30 y ss. ss.);

SEGUNDA: Que la anterior solicitud se recibió en el Ministerio de Minas y Petróleos el día 19 de Octubre de 1973, como se desprende de la constancia que obra en el Anexo 1, fol 32, habiendo quedado radicada bajo el número 328 del libro radicador de Propiedad Privada, Folios 32;

TERCERA: Que el día treinta (30) de octubre de 1973, el Vice-Ministro de Minas y Petróleos dictó la providencia que obra al folio 33 del anexo número uno, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

"Antes de resolver la solicitud No. 328 sobre declaración del hecho de la explotación económica y mantenimiento del derecho de propiedad de las Minas de Carbón formulada por la Señora OFELIA LEMOS DE VELEZ Y OTROS con fecha junio 22 de 1973, pasen las presentes diligencias a la Sección de Propuestas y Contratos de la División de Minas para el estudio de la documentación Técnica.

"Una vez realizado el estudio por dicha dependencia practíquese por funcionarios del Ministerio una Inspección para efectos de constatar sobre el terreno los hechos a que se refiere el artículo 13 del Decreto 1275 de 1970. En providencia separada se designará el personal para la práctica de la diligencia.

"En caso de que la Sección de Propuestas y Contratos solicitare que se aclare, corrija o adicione las pruebas e informes suministrados por el interesado, éste deberá hacerlo dentro del mes siguiente a la fecha en que dicha Sección produzca su concepto, poniendo tal hecho u otro a conocimiento del interesado mediante Resolución dictada a efecto, y la diligencia mencionada anteriormente sólo se practicará una vez vencido este término".

CUARTA: Que el día seis (6) de julio de 1976, el Ministerio de Minas y Energía dictó la Resolución Nro. 002562, por medio de la cual fijó "... un término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que el peticionario de cumplimiento a las observaciones contenidas en los informes ..." citados en la parte motiva de la misma;

QUINTA: Que el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977), el Ministerio de Minas y Energía dictó la Resolución No. 001316, en cuyo artículo primero dispuso:

"Declarar retirada para todos los efectos legales la petición de reconocimiento de Propiedad No. 328 presentada por los señores Ofelia Lemos de Velásquez, Bernardo Posada Vélez y Estanislao Posada Vélez. En consecuencia los yacimientos objeto de la citada solicitud continuarán siendo de propiedad de la Nación".

C) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado en el literal anterior, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, anticipando sí, que despachará favorablemente las pretensiones de la parte actora, por las razones que a continuación se exponen.

El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 dispuso que:

"Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

A su vez el artículo 3o. del mismo estatuto consagró:

"Art. 3. Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención o perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguen a favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito,

"a) Si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas;

"b) Si la explotación una vez iniciada, se suspende por más de un año".

A su turno el Decreto Reglamentario 1275 de 1970, en sus artículos 9, 10, y 11, procedió a definir cómo se prueba "LA INICIACION OPORTUNA DE LA EXPLOTACION ECONOMICA" de las minas ADJUDICADAS, de las REDIMIDAS A PERPETUIDAD y de las ADQUIRIDAS POR ACCESION DEL SUBSUELO AL SUELO O POR ACCESION DE OTRA NATURALEZA, O POR MERCED, COMPRAVENTA, SUCESION, PRESCRIPCION, REMATE, ADJUDICACION DE BALDIOS o POR CUALQUIER OTRA CAUSA, TITULO O MODO QUE DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACION DE LA EPOCA RESPECTIVA OTORGUE PRIVILEGIOS

O DERECHOS SOBRE LAS MINAS O SOBRE EL SUBSUELO. En el artículo 12 de la misma normatividad reglamentaria se definió que las pruebas correspondientes, orientadas a demostrar las circunstancias que se dejaron relacionadas se debían presentar personalmente por el interesado o su respectivo representante ante el secretario general del Ministerio de Minas y Petróleos o ante el respectivo alcalde municipal, debiéndose dejar constancia escrita con anotación de la fecha de recibo y de los documentos allegados. En el inciso último del artículo 12 del Decreto ya citado se precisó que: "El memorial petitorio y las pruebas que lo acompañen podrán presentarse ante los referidos funcionarios hasta el 22 de junio de 1973".

Finalmente, en el artículo 19 del citado estatuto reglamentario se preceptúo:

> "Art. 19. En los casos contemplados en los artículos anteriores, *se entenderá que se ha demostrado el hecho de la explotación o la causa justificativa de la suspensión, cuando dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la solicitud del interesado el Ministerio no haya resuelto nada al respecto*".

D) Confrontada la realidad fáctica que se probó dentro del presente proceso, con el universo jurídico que tiene la normatividad que se dejó transcrita, el sentenciador encuentra que la parte demandante dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 12 del Decreto 1275 de 1975, pues el día 22 de junio de 1973 los señores BERNARDO POSADA VELEZ y ESTANISLAO POSADA VELEZ, presentaron ante el Señor Alcalde de Venecia (Antioquia) el escrito que obra al folio 1 y siguientes del Cuaderno 2., dirigido al Señor Ministro de Minas y Petróleos, en el cual le solicitan que dicte la Resolución motivada "... *por medio de la cual se defina que la explotación económica se ha iniciado oportunamente y que, por tanto, se mantiene el derecho particular ... en relación con las minas de carbón y de arena, existentes* ..." en la finca denominada SAMARIA, que se alinda en el referido escrito. Subsidiariamente impetran "... *que se haga la declaración del artículo 15 del Decreto 1275 de 1970, habida cuenta de los altos costos de producción, que obligaría a soportar onerosas condiciones de transporte, haciendo, por el momento antieconómica la mayor intensidad en la explotación y demás factores que tienen incidencia en los rendimientos del negocio minero en el sitio de Samaria*". (Subrayas de la Sala).

En este momento del discurso cabe observar que el Señor Alcalde de Venecia, al recibir la anterior solicitud, dejó la siguiente constancia de ley:

> "El anterior memorial dirigido al Señor Ministro de MINAS Y PETROLEOS fue presentado personalmente por su signatario Bernardo Posada

Vélez y Estanislao Posada Vélez con las cédulas anotadas, hoy 22 de junio de 1973 a las tres P.M., con los siguientes anexos: Tres declaraciones juramentadas recibidas en esta misma Alcaldía, Tres hojas de papel en blanco, copias de las escrituras 1003 de 1966 con su correspondiente nota de registro pasada en la Notaría Séptima de Medellín, Escritura No. 672 de 1967 de la misma notaría con su correspondiente nota de Registro. Certificado expedido por la Oficina de Registro de Fredonia sobre vigencia al día de tales registros. Plano de la finca Samaria levantado por el Dr. Benedicto Uribe y copia del Plano del Instituto Geográfico Agustín Codazzi relativo a la misma finca Samaria. Estudio Geológico por el Dr. Hernán Restrepo Ingeniero sobre las reservas de yacimiento de carbón en dicha finca".

E) Examinada la conducta de la administración, frente a la solicitud anterior, el sentenciador encuentra que el escrito presentado por los interesados ante el Alcalde de Venecia, el día 22 de junio de 1973, llegó al Ministerio de Minas y Petróleos el día 5 de julio de 1973 y se radicó bajo el número 328 del Libro de reconocimientos de propiedad privada, Folio 32. (C. 2, fol. 3). Igualmente, que el día 30 de octubre de ese mismo año el señor Vice-Ministro de Minas y Petróleos dictó la providencia que obra al folio 4 del mismo cuaderno, y que se transcribió antes, en todo su universo. (Literal B, Segunda).

Finalmente, con fechas 6 de julio de 1976 y 28 de abril de 1977, se dictan dos resoluciones por el Ministerio de Minas y Energía. En virtud de la primera se fijó "... un término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria ..." de la providencia, "... para que el peticionario de cumplimiento a las observaciones contenidas en los informes citados" (los rendidos por las Secciones de Propuestas y Contratos y Fomento Minero). Por la segunda se declaró "... retirada para todos los efectos legales la petición de reconocimiento de Propiedad No. 328 presentada por los señores Ofelia Lemos de Velásquez, Bernardo Posada Vélez y Estanislao Posada Vélez ...", definiéndose, a renglón seguido, que "... los yacimientos objeto de la citada solicitud continuarán siendo de propiedad de la Nación".

F) Interpretada la conducta de ambas partes, a la luz de la ley y el Derecho, la Sala encuentra que las pretensiones de la parte actora tienen vocación de prosperidad, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 19 del Decreto 1275 de 1970. En este, como se recordó en otro aparte de esta providencia, se estableció que el Ministerio de Minas y Petróleos estaba en la obligación de resolver la solicitud hecha por los interesados en un término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de aquella, pues de lo contrario se entendería *"QUE SE HA DEMOSTRADO EL HECHO DE LA EXPLOTACION O LA CAUSA JUSTIFICATIVA DE LA SUSPENSION".* (subrayas de la Sala)

En el *sub-lite* quedó debidamente demostrado que el Ministerio sólo vino a pronunciarse, sobre el fondo de la petición, el 28 de abril de 1977, esto es, más de tres años después del término que la ley le brindaba para ello. En estas circunstancias operó el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, con todas las consecuencias que él genera en derecho. El profesor Eduardo García de Enterría, en su obra Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Cuarta Edición, Editorial Civitas recuerda el universo que esta figura jurídica tiene, al destacar, entre otras las siguientes notas:

a) "Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa";

b) "Es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye";

c) "Los efectos del silencio positivo "... son muy importantes y, al propio tiempo, muy peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable";

d) "El silencio positivo "... sólo se admite en los casos en que venga establecido expresamente por normas específicas";

e) "El plazo del silencio se cuenta desde el ingreso de la solicitud o proyecto en el órgano correspondiente hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución adoptada";

f) "Cuando estando corriendo el plazo, el órgano administrativo llamado a decidir señala al interesado la existencia de defectos de orden técnico o de cualquier otro tipo que sea preciso subsanar "... el requerimiento consiguiente interrumpe el plazo de silencio, que se reanudará, una vez subsanadas las deficiencias observadas ...".Con esto se quiere significar que subsanadas las deficiencias observadas, el plazo se REANUDA, sin que pueda pretenderse que se INICIE DE NUEVO. Esta filosofía es la única congruente con la figura jurídica del silencio positivo "*... puesto que cuando la ley sanciona la inactividad de la Administración con la declaración de derechos que supone el silencio positivo, sería contrario a la propia institución que la Administración dispusiese de facultades de producir sucesivos actos de interrupción del plazo del silencio para comenzar a computar el taxativo plazo fijado por la norma legal una y otra vez hasta el infinito*" (Subrayas de la Sala).

La Sala hace suya la anterior perspectiva jurídica, y, por lo mismo concluye que en el caso en comento los demandantes tienen a su favor un

verdadero acto administrativo en virtud del cual se definió por la Administración *"EL HECHO DE LA EXPLOTACION O LA CAUSA JUSTIFICATIVA DE LA SUSPENSION"*, como reza el artículo 19 del Decreto 1275 de 1970.

G) El universo jurídico de la problemática que se viene estudiando no quedaría completo, si la Sala no recordara que a la luz de lo preceptuado en el último inciso del artículo 41 del C.C.A. "El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74". De estas normas conviene retener lo preceptuado en el último inciso del artículo 73 del C.C.A. que dispone:

> "Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

A su turno esta última norma preceptúa:

> "Artículo 69. Causales de revocación.
>
> "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:
>
> "1o. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;
>
> "2o. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
>
> "3o. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

En la forma que se deja descrita, el legislador colombiano definió, de una vez por todas, las posibilidades que se abren para la Administración cuando la pretensión ejercitada por el particular y que da origen al silencio positivo, no es conforme a Derecho.

H) La Sala no accede a despachar favorablemente las pretensiones que se recogen bajo el rubro "CUARTA" y "PETICION SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL", porque dentro del presente proceso no es posible definir si los demandantes tienen derecho o nó a que se les otorguen las mencionadas minas de carbón y arena a título de CONCESION o de PERMISO. El universo del derecho subjetivo correspondiente debe desatarlo, con sujeción a la ley, el Ministerio de Minas y Enrgía. Sinembargo, parece conveniente recordar que no es cierto que en la solicitud que los demandantes hicieron el día 22 de junio de 1973, se haya hecho planteamiento alguno

sobre el particular. Del escrito que obra en el Anexo 1, fols. 30 y ss.ss., no se vivencia esa circunstancia.

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

FALLA:

1o.) No prosperan las excepciones propuestas, por las razones dadas en las consideraciones de este fallo.

2o.) Declárase que por haber transcurrido el término de cuatro meses, consagrado en el artículo 19 del Decreto 1275 de 1970, operó el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO respecto de las peticiones que los demandantes formularon al Ministerio de Minas y Petróleos, el día veintidos (22) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), en escrito que se radicó bajo el número 328 del Libro Radicador de Reconocimientos de Propiedad Privada, Fol. treinta y dos (32);

3o.) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se decreta la nulidad de las Resoluciones Nros. 002562 de seis (6) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976) y 001316 de veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977), proferidas ambas por el Ministerio de Minas y Energía, motivo por el cual éste debe amparar y reconocer los derechos que nacieron con el SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO a que se ha hecho referencia a lo largo de esta sentencia;

4o.) Deniegánse las demás pretensiones de la demanda.

5o.) Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Nada justifica ni explica que la fuerza pública hubiese hecho uso de las armas, en ceremonia de entierro, en la cual los particulares, fuera de ir gritando y protestando, no agredieron ni a la policía ni al ejército. La conducta de los agentes no se ajusta a las normas que la institución tiene fijadas para el actuar de sus miembros, que al ingresar a ella juran cumplir bien y fielmente con sus deberes, uno de los cuales, el fundamental, es el respeto de la vida humana. En un régimen democrático es normal que los ciudadanos exterioricen sus inconformidades desfilando, protestando, gritando, etc.

PERJUICIOS MATERIALES–Improcedencia/DAÑO CIERTO

Las ayudas ocasionales, de momento, no tienen el universo necesario para condenar al pago de perjuicios materiales, pues el daño debe ser cierto y real. A lo anterior se agrega que la víctima al fallecer, ya tenía más de 23 años de edad, momento en el tiempo físico en que la Sala exige una prueba muy convincente para condenar al pago de perjuicios materiales, en favor de los padres, pues es la época en que en nuestro medio las personas suelen contraer matrimonio, formando su propio hogar.

PERJUICIOS MORALES A COMPAÑERO PERMANENTE–Improcedencia /PERJUICIOS MORALES A TERCEROS–Improcedencia

Resulta muy difícil vivenciar el cariño que el compañero permanente tenía con la finada, cuando ni siquiera atendía a las necesidades de su hija, la que solo vino a tener esta calidad tres años después de nacida y en virtud de decisión judicial. La indiferencia familiar en vida no puede producir afectos post mortem para alegar con retraso que solo la

muerte produjo el amor. Tampoco hay prueba que acredite la existencia de la dependencia económica de su compañera permanente, ni de que se encuentre físicamente incapacitado en forma transitoria o permanente para atender siquiera su cóngrua subsistencia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 6182. Actor: Alfonso Dorado 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 trece (13) de marzo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva, **DISPUSO:**

"1o.) Declárase a la Nación – Policía Nacional administrativamente responsable por la muerte de Luis Angel Muñoz Cajas y de María Tránsito Gómez Zúñida, en hechos ocurridos el 25 de mayo de 1985 en el Municipio de Bolívar –Cauca–.

"2o.) En consecuencia condénase a la Nación – Policía Nacional a pagar a los damnificados los perjuicios morales por el hecho así:

"El equivalente a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno de los padres de Luis Angel Muñoz Cajas, Constantino Muñoz Cajas y Rosa Tulia Cajas Hoyos, y así mismo el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro puro para Liliana Dorado Gómez, hija extramatrimonial de María Tránsito Gómez Zúñiga.

"El equivalente a quinientos (500) gramos de oro puro para cada uno de los hermanos de Luis Angel Muñoz Cajas, a saber: María Teresa Muñoz Gómez, Nelly Encarnación, Jesús Eliécer, Jesús Libardo, Dora Lilia, José David, Elías Fernando y Carlos Alberto Muñoz Cajas.

"El equivalente a quinientos (500) gramos de oro puro para cada uno de los hermanos de María Tránsito Gómez Zúñiga, a saber:

"Tomás, Rosa Ana y Mario de Jesús Gómez Zúñiga.

"Los valores anteriores se considerarán como condena en concreto y se liquidarán conforme a certificado que sobre el precio del oro a la fecha de la ejecutoria de esta providencia expida el Banco de la República.

"3o.) Condénase *in genere* a la Nación – Policía Nacional a pagar a Constantino Muñoz Cajas, a Rosa Tulia Cajas Hoyos y a Liliana Dorado Gómez los perjuicios materiales causados, respectivamente, por la muerte de su hija y de su madre, según liquidación que se efectuará atendiendo a lo dispuesto por los artículo 172 del C.C.A. y 308 del C. de P . C. y con base en las pautas señaladas para cada caso en la parte motiva de esta sentencia.

"4o.) Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"5o.) Se niegan todas las demás pretensiones de las demandas que originaron el presente proceso acumulado.

"6o.) Envíense copias de esta providencia con las constancias de su notificación y ejecutoria al Señor Director General de la Policía Nacional, al Ministerio de Hacienda, a la Procuraduría General de la Nación y al señor Fiscal 3o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

"7o.) Sin costas, art. 171 del C.C.A.". (fls. 211-212 cdno. No. 1).

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

"CONSTANTINO MUÑOZ CAJAS, ROSA TULIA CAJAS HOYOS, MARIA TERESA MUÑOZ DE GOMEZ, NELLY ENCARNACION MUÑOZ CAJAS y JESUS ELIECER MUÑOZ CAJAS, en su propio nombre y los primeramente nombrados además en representación de sus hijos menores de edad Jesús Libardo, Dora Lilia, José David, Elías Fernando y Carlos Alberto Muñoz Cajas, solicitaron al Tribunal, en demanda que originó el expediente distinguido con el número de orden interno 1929 y presentada el 28 de octubre de 1985, hacer las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA:

" La NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – Policía y Ejército Nacionales), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios ocasionados a CONSTANTINO MUÑOZ CAJAS, ROSA TULIA CAJAS

HOYOS, MARIA TERESA MUÑOZ DE GOMEZ, NELLY ENCARNACION MUÑOZ CAJAS, y JESUS ELIECER MUÑOZ CAJAS, mayores y vecinos de Bolívar (Cauca), identificados como atrás se dijo, y a los menores JESUS LIBARDO, DORA LILIA, JOSE DAVID, ELIAS FERNANDO y CARLOS ALBERTO MUÑOZ CAJAS, representados por los dos primeramente nombrados, en su calidad de padre legítimos, en razón de la muerte violenta de que fuera objeto el Sr. LUIS ANGEL MUÑOZ CAJAS, hijo legítimo de los dos primeros y hermanos legítimo de todos los demás, en hechos ocurridos el día 25 de mayo de 1985 en la población de Bolívar (Cauca), los cuales fueron protagonizados por miembros del EJERCITO y de la POLICIA NACIONALES en evidente falla en el servicio.

"SEGUNDA:

"Condénase a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA), a pagar a CONSTANTINO MUÑOZ CAJAS, ROSA TULIA CAJAS HOYOS, MARIA TERESA MUÑOZ DE GOMEZ, NELLY ENCARNACION MUÑOZ CAJAS y JESUS ELIECER MUÑOZ CAJAS, mayores y vecinos de Bolívar (Cauca), y a los menores JESUS LIBARDO, DORA LILIA, JOSE DAVID, ELIAS FERNANDO y CARLOS ALBERTO CAJAS MUÑOZ (sic), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, que le fueron causados con la muerte violenta del joven LUIS ANGEL MUÑOZ CAJAS, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) DIECIOCHO MILLONES DE PESOS ($18.000.000.oo) por concepto de lucro cesante o sea las sumas que el Sr. LUIS ANGEL MUÑOZ CAJAS dejó de producir en razón de su muerte y por todo el término de esperanza de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (Técnico Agrícola), habida cuenta de su edad en el momento de su fallecimiento (23 años) y 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, conforme a las inversiones hechas para los funerales, tiempo invertido en diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc., y según el monto que se demostrase en este proceso.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de mis patrocinados, conforme a lo establecido por el art. 106 del Código Penal, por concepto de perjuicios morales o "*pretium doloris*", consistentes en el profundo tráuma psíquico que produce el hecho de verse el ser humano afectado en su espíritu por un hecho injusto que lo ha privado para siempre de la presencia física de un ser querido, como lo es un hijo y un hermano.

"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 30 días siguientes a su ejecutoria". (folios 17 y 18).

"Como fundamento fáctico de las pretensiones expuso el apoderado las relaciones de consanguinidad existentes entre los demandantes y Luis Angel Muñoz Cajas, los estudios de éste, su actividad laboral y las circunstancias que rodearon su muerte en Bolívar, Cauca, el 25 de mayo de 1985 cuando miembros de la Policía Nacional dispararon contra el nutrido cortejo fúnebre que acompañaba el cadáver de un joven, al parecer guerrillero del M-19, muerto el día anterior en la concentración de Desarrollo Rural integrado de El Morro, corregimiento del mismo Municipio, por agentes de la Policía. Calificó como irresponsable, arbitraria e injusta la acción de la policía porque la ciudadanía se encontraba inerme rindiendo un homenaje al guerrillero sacrificado y no produjo agresión alguna, mientras Luis Angel Muñoz quien, ajeno a los hechos, esperaba un vehículo que lo regrera (sic) a su hogar después de haber comprado algunos enseres, recibió por la espalda uno de los tiros lanzados por la Policía contra la desprevenida multitud, proceder que indiscutiblemente encierra una falla en el servicio con gravísimos perjuicios materiales y morales que se deben indemnizar" ...

. . . . . .

..."CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Cumplido el trámite reglamentario y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado procede el Tribunal a decidir el presente asunto.

"1o.) LA COMPETENCIA.

"Por la naturaleza del asunto, el territorio y la cuantía el Tribunal es competente para conocer este proceso acumulado en primera instancia según lo dispuesto por el art. 132 del C.C.A. En efecto, el apoderado de los actores en el proceso No. 1929 señaló la cuantía en $2.350.000.oo, lo que convertía al proceso en de primera instancia según los valores vigentes a la presentación de la demanda, 28 de octubre de 1985, y en el proceso 2145 si bien la estimó en $2.460.000 (folio 24) por valorar el gramo oro en $2.000, obra constancia en el expediente (folio 38 cuad. 2) en el sentido de que el valor del gramo oro a 18 de febrero de 1987 era de $2.874.70, razón por la cual a la fecha de presentación de esta demanda, 8 de abril de 1987, folio 26, el proceso era también

de primera instancia según los valores entonces vigentes que eran los señalados para los ord. 10 de los Arts. 131 y 132 del C.C.A. por el Decreto 3867 de 1985 en $2.880.000.oo, razón por la cual al sumar a los perjuicios morales los materiales causados se superaba esta cifra.

"2o.) LA OBJETIVIDAD DE LOS HECHOS.

"2.1. LA FALLA EN EL SERVICIO.

"No obran pruebas documentales oficiales del insuceso toda vez que en comunicación actuante a folio 26 del cuad. 2 del exp. 1929, el Comandante Departamento Policía "Cauca", el 5 de febrero de 1987, en respuesta al oficio No. 130 de 28 de enero de 1987 remitido por el secretario de este Tribunal, mediante el cual se le solicitada fotocopia auténtica del proceso penal adelantado por la muerte de los señores Luis Angel Muñoz Cajas y Tránsito Gómez en hechos ocurridos el 25 de mayo de 1985 en Bolívar, Cauca; fotocopia auténtica de los procesos disciplinarios adelantados por los mismos hechos y fotocopia auténtica de todos los informes rendidos sobre los mismos (folio 22 ibídem) expresa "que revisado el archivo general de la Unidad, no reposan las informaciones que solicita".

"Además, el Alcalde Municipal de Bolívar en oficio de fecha 13 de febrero de 1987 informa que "previa revisión del archivo correspondiente que en esta oficina se lleva, no se encontró ningún informe rendido a la Alcaldía por parte de las fuerzas de Policía y ejército, con relación a los hechos ocurridos en esta ciudad el 25 de mayo de 1985" (folio 31 ibídem).– A folios 37 ibídem ratifica lo anterior.

"Finalmente, de acuerdo con el informe del Comandante del Quinto Distrito del Departamento de Policía Cauca, fechado en Bolívar el 18 de febrero de 1987, sólo aparece en dicho Comando el libro de guardia (minuta) del año 1985 y en él no aparece registro alguno sobre los hechos (folio 36 ibídem).

"Por lo anterior, la reconstrucción que de los hechos efectúa la Sala se basa en los testimonios de las personas que presenciaron los trágicos acontecimientos.– Con base en ellos puede afirmarse que el 25 de mayo de 1985 la ciudadanía de Bolívar daba sepultura al cadáver de Dorángel Cardona, presunto guerrillero muerto el día anterior por agentes de la Policía durante un operativo efectuado en el Corregimiento El Morro del mismo Municipio.– Durante el recorrido alguno de los asistentes profirió palabras injuriosas contra el ejército y la Policía lo que desencadenó la reacción desmedida de algunos agentes de la policía quienes dispararon imprudente y arbitrariamente contra la multitud habiendo resultado muertos Luis Angel Muñoz Cajas y María Tránsito

Gómez Zúñiga. Esta esquematización de los hechos resulta comprobada, entre otros, con los siguientes testimonios, todos de testigos presenciales:

"1o.) Argemiro Hoyos López: "Sí lo conocí a Luis Angel Muñoz Cajas, quien falleció no recuerdo exactamente la fecha, pero falleció casualmente este muchacho en un abaleo que hubo aquí en Bolívar cuando se iba en el entierro de un señor que habían matado en la Concentración de el Morro, que lo había matado la policía y después lo trajeron al Cuartel de la Policía, eso como que fue el día domingo el entierro del que habían matado en El Morro, ese día de aquí de el Pueblo salió mucha gente a la cuestión del entierro y cuando bajábamos con el cadáver del señor ese hacia el entierro, ya digamos cuando bajábamos por aquí en frente de esta oficina, que es la carrera 3a., bajaba principalmente por aquí echando abajos a la policía era un señor Francisco Garcés y otros y cuando dimos aquí a esta esquina del estanco, donde era antes el estanco, salieron de la esquina al frente del estanco me parece que era un teniente o un sargento del ejército con soldados a coger a Pacho Garcés a sacarlo del desfile, entonces las gentes que iban allí no lo dejaron sacar y de ahí el desfile siguió hacia la otra esquina y entonces allá ya en la otra esquina se oyeron voces de varios agentes que decían: "Es que quieren bala hijueputas? y comenzaron a disparar regando bala bajito a las personas y entonces ya el personal que bajábamos con el cadáver, algunos se corrieron a entrarse en las casas que estaban abiertas y los demás nos tendimos, de allí donde yo estaba, es decir en la Calle 5a. con carrera 3a. siempre me tendía con la cabeza hacia la carrera 3a. y entonces estos agentes de la policía seguían disparando y oía como parecía la voz de unas muchachas que decía: Millán, no dispare.– Bueno, este Millán o sea el Agente Millán y otros agentes siguieron disparando y entonces ya ví que cayeron dos, no ya para tenderse sino muertos por las balas, cayeron en inmediaciones del granero del señor Angel Dorado, los que cayeron, legítimamente ya después de que pasó el abaleo, se supo que los que cayeron fueron LUIS ANGEL MUÑOZ CAJAS y TRANSITO GOMEZ y de ahí ya esto se acabó el plomo y todos los que quedamos teníamos que andar con las manos en alto y yo me fuí para mi casa" (folio 47 y 47 v. cuad. 22 exp. 1929).

"Después agrega: "... a mi conocimiento los únicos que dispararon fue la Policía, porque digamos de las demás gentes que iban en el entierro no alzaron una mano, pues todo el mundo se tendieron (sic) a tierra y otros se entraron a las casas" (fl. 48 v).–

"2o.) BLANCA MARIA ORDOÑEZ: "Yo fuí testiga de la fecha que él falleció que fue el 25 de mayo de 1985 aquí en la ciudad.– Resulta que era un día sábado, día de mercado y él como la mayoría de la gente

de estos alrededores acude los días de mercado a llevar su remesita, él vivía cerca a El Morro, y las gentes se hacen por estos lados de los Juzgados, por aquí por la carrera tercera entre las calles adyacentes a este edificio y aquí mismo estacionan los buses escalera que transportan a los campesinos, entonces resulta que en ese momento bajaba un entierro del cadáver de un señor que no tenía familiares aquí y entonces el pueblo le colaboró económicamente y en el acompañamiento y entonces la policía estaba vigilando arbitrariamente porque nadie decía malas palabras ni llevaba armas, cuando allá en esa esquina de la familia Mesías Zúñiga, donde ahora es el estanco oficial, el agente de apellido WILLAN (sic) abrió fuego a la multitud y los que nos salvamos fue porque en realidad corrimos en suerte y el muchacho Luis Angel Muñoz estaba esperando el bus para salir hacia su casa y fue alcanzado por las balas que disparaba a la multitud del entierro el agente Villán (sic) y que luego continuaron disparando BARRIENTOS, el Agente Barrientos y un guardían a quien no le se el nombre y esto fue lo que ocasionó la muerte de este joven y de una señora vecina nuestra de nombre Tránsito Gómez, porque éllos cayeron allí y yo ví todo esto, porque yo iba en el desfile del entierro, íbamos mucha gente, y como todos nos tiramos al suelo en el momento no me dí cuenta quién estaba muerto o nó, ya cuando nos dejaron mover y me levanté y miré a los lados ví sangre y ví al muchacho Luis Angel, Allí herido que no se podía mover, también ví allí herida a doña Tránsito, también a un soldado, pero la Policía nos prohibió que les prestáramos ayuda y que no miráramos atrás y le daban patadas para que se levantaran y fue allí que se dieron cuenta que estaban heridos lo mismo que yo, luego ya con las manos en alto nos fuimos para la casa" (folios 48 y 49, ibídem).

"Más adelante manifiesta: "... la policía atropelló el derecho a la vida de todas las personas porque se disparó en forma loca, al tumulto, sin mirar a quien, en forma imprudente, atacaron sin saber por qué, porque nadie llevaba armas ni se gritaba algo ofensivo a autoridades ni a nadie ..." (folio 49 v. ibídem).

"3o.) Alejando Meneses Gómez, quien acompañaba a Luis Angel Muñoz Cajas el día trágico apunta: "... me consta que el 25 de mayo de 1985 estuve con él con Luis Angel Muñoz Cajas aquí en la población de Bolívar estuvimos esperando carro para irnos para la casa, pues era día sábado de mecao (sic), ya teníamos todo comprado para irnos para la casa y a esa hora, no tengo bien en cuenta la hora, pero era por la tarde, fue que empezaron a echarse plomo la policía con los soldados, porque fue que empezaron así: bajaban con el señor que había matado la misma policía en El Morro, bajaban a enterrarlo, nosotros no íbamos en eso, sino que estábamos esperando el carro para irnos, entonces dijo un policía, no se cuál, dijo: Quieren plomo hijos de puta? y desaseguró esa arma allí y comenzó a disparar y nosotros salimos a correr y

entonces fue que le cruzó un tiro por la espalda a Luis Angel Muñoz, yo iba corriendo adelante y Luis Angel detrás de mí, de pronto yo volté a mirar y ví que el muchacho cayó porque le dieron un tiro por la espalda y entonces yo me tiré al suelo para que no me cogieran las balas, porque eso era una multitud de balas que pasaban por mis lados, luego también pude ver que había caído herida por las balas la señora Tránsito Gómez, ya de allí ví que los demás dolientes cogieron a Luis Angel y se lo llevaron pero él ya estaba muerto".– (folios 50 y 50 v. ibídem). Este testigo también afirma que no hubo motivo para la acción de la policía (folio 50 v.).

"4o.) Roque Libardo Navia Hoyos, anota: "Sí señor lo conocí Luis Angel Muñoz Cajas, sé que falleció por el motivo de un entierro de un muchacho que según las autoridades decían que era de un grupo subversivo, ese entierro se llevó a cabo aquí el 24 de mayo del ochenta y cinco.– Luis Angel Estaba aquí en Bolívar porque era día de mercado, sábado, que él salió a mercar y que estaba esperando carro, para regresar a su casa de nuevo, en esas me contaron, rectifico yo estaba aquí en el mismo momento que Luis Angel estaba esperando carro, entonces yo ví que pasaba un cortejo y la gente estaba muy aglomerada, de repente se empezaron a oír los disparos y la gente corría hacia todos lados y nosotros corrimos y nos metimos en una casa al lado del banco, ahí cuando abrieron la puerta había un bus de Sotracauca y nos subimos al bus para viajar, cuando el bus estaba repleto vino el ejército y nos hicieron bajar porque ese bus no podía viajar porque ese bus lo tomaban para remitir unos heridos al hospital; cuando nos hicieron bajar del bus, el fuego comenzó otra vez allá en el parque, empezó la gente a correr otra vez, en la Casa de Gobierno había genete (sic) aglomerada, abrieron la puerta y nos logramos introducir allí, al rato de estar allí y cuando ya se había calmado un poco la discordia entró una señora llorando que había dos muertos, no se quien sería la señora, lo que le oí decir era que se trataba de un muchacho Cajas y una señora Tránsito". (folios 52 y 52 v Cuad. No. 2).–

"Al final dice: "no se justificaba porque en ningún momento en lo que a mi respecta observé que persona alguna de las que allí iban portaran ninguna clase de armas a excepción de la policía y el ejército que sí las portaban en alto o en actitud como guardando orden, la muerte fue en una forma muy arbitraria por parte de los estamentos del Gobierno" (folio 53 ibídem).

"5o.) Luis Obdulio Escobar Méndez dice: Lo conocí el propio día de su muerte, tal vez lo conocía de antes, pero no lo tenía bien presente, y pues el día 25 de mayo del 85, que ibamos al entierro de un cadáver, de un señor que habían matado en el Morro, en lo que ibamos aquí abajo en esa esquina de la calle quinta, con carrera tercera, ya casi iba-

mos a salir a la esquina cuando este Policía MILLAN y ese policía BARROSO, el policía MILLAN desaseguró la carabina y enseguida BARROSO, como ahí en esa esquina estaba un capitán de los soldados, BARROSO le dijo al policía de los soldados, aclaro que al Capitán de los soldados, señalando a PACHO GARCES, "Ese es", entonces MILLAN dijo: "Hijueputa, lo que quieren es bala, entonces tengan", y enseguida siguió disparando a la multitud, porque era bajito que disparaba, entonces el muchacho LUIS ANGEL, yo lo vía (sic) que estaba parado a un lado de la esquina, cerca a la esquina, estaba viendo pasar la gente, él no estaba en la concurrencia, yo estaba como a unos siete pasos de donde estaba este muchacho, cuando lo ví caer, el cayó de una vez boca-abajo y de ahí no se movió, se quedó quieto, sin mover nada, como si estuviera muerto, porque yo me quedé viéndolo, porque corría sangre, de ahí ya me dí cuenta que estaba muerto, y enseguida la policía siguió disparando y entonces al lado de arriba como a un metro de distancia mía, cayó la señora Tránsito Gómez, ella sí duró herida harto quejándose, hasta que ya se calmó todo, entonces un soldado de esos nos dijo: "haber, ayuden hijueputas, ayuden alzar estos malparidos", entonces llamó un conductor que había enseguida de un bus, la subimos, primero al muchacho, mejor dicho no me acuerdo a cual primero, por el susto, luego alzamos la señora con otros que no supe quienes fueron, pero cuando la subimos ya estaba agonizando, y los fuimos a dejar al hospital y allá los bajamos, los entramos a urgencias y hasta ahí, porque los policías nos hecharon (sic) para afuera otra vez, ese día a mí no me mataron porque no me convenía, porque quedó un muerto adelante y el otro atrás porque cuando comenzaron a disparar, yo me tendía, de ahí cuando ya pasó todo eso, yo me fuí para la casa" (folios 54 v. y 55 cuad. 2).—

"Este testigo también afirma que "ellos (las víctimas) no portaban ninguna clase de armas, como toda la ciudadanía en general que estaba ese día, nadie portaba armas, únicamente la policía y los soldados que estaban armados" (folio 55 v).

"6o.) Efrén López afirmó: "... pues el día exacto y fecha no se del día que murió, pero fue el día del entierro del que mataron en la Concentración del Morro, dos como que fue que mataron, como que fue un día sábado, pero no tengo presente fechas y el motivo que íbamos en el entierro y entonces unas personas iban gritando como en protesta, pero yo no puse cuidado lo que decían, pero era protestando prácticamente por el estudiante que habían matado y por el otro difunto que llevaban al entierro, yo como siempre me ha gustado ir a los entierros, cuando estoy desocupado a todos voy, pues entonces íbamos en la esquina de don Angel Dorado y de misía Joaquina, entonces cuando la policía comenzó a disparar y el ejército también, entonces yo ví que cayeron, en la dirección de la esquina de Misía Joaquina cayó un soldado

o capitán, no se el grado, cayo herido y así al frente de donde el Mono Guevero, cayó otra persona y ese como que era el muchacho Luis Angel, yo no me dí cuenta bien porque estaba tendido pues a toda la gente nos hicieron tender; entonces cuando yo miré, ya sentado, hacia Sotracauca, allá a donde don Agripino, entonces fueron los soldados hasta un bus que había allí, hicieron bajar la gente y trajeron al bus para recoger los heridos y muertos para llevarlos al hospital, entonces ya nos hicieron poner de pie y nos trajeron al Retén, a los que más pudieron nos metieron la policía al retén, de allí en adelante ya no nos dimos cuenta de más, pero en realidad el muchacho Luis Angel sí murió allí por un disparo que le pegaron pero no me dí cuenta quién lo mató pero fue el ejército y la policía que eran los que echaban bala, yo particulares no he visto que hayan disparado" (folios 59 y 59 v. ibídem).

"Los testimonios transcritos en lo pertinente llevan a la Sala a la convicción de que los sucesos se produjeron como las plantea el demandante en razón de que los declarantes presenciaron los hechos sobre los que se manifiestan y sus testimonios son concordantes y armónicos en lo fundamental amén de que se recibieron con el lleno de las formalidades legales.–

"Sobre estas bases es fácil edificar la falla en el servicio porque la policía nacional utilizó las armas que el Estado le confió para salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados, para garantizar el orden, la seguridad y el interés general, con el proclive propósito de vengar desproporcionadamente ofensas verbales disparando arbitraria e inícuamente contra civiles indefensos.

"La muerte de Luis Angel Muñoz Cajas en la fecha de autos aparece probada por el registro civil de defunción de la Notaría Unica de Bolívar, Cauca, actuante a folios 15 del cuad. ppal. del exp. 1929.

"La muerte de María Tránsito Gómez Zúñiga está comprobada con el acta civil de defunción de la Notaría Unica del Círculo de Bolívar, Cauca, obrante a folio 10 del cuad. 1 del expediente 2145.

"Ciertamente, como observa el Colaborador Fiscal, no aparecen en el expediente las diligencias de levantamiento de los cadáveres ni las autopsias practicadas a los mismos, documentos cuya consecución procesal fue imposible a pesar de los variados intentos del apoderado de los actores y del mismo Tribunal.– Empero la forma de acreditar la muerte de una persona es con el correspondiente registro civil de defunción y estos sí obran en el proceso.– Además, en relación con María Tránsito Gómez Zúñiga aparece transcrito lo relacionado con el reconocimiento externo del cadáver practicado por el médico general del Hospital local "Bolívar Cauca" (folio 72, cuad. ppal. exp. 2145).– De

igual manera aparece en el expediente el informe de reconocimiento externo del cadáver de Luis Angel Muñoz Cajas realizado en el Hospital Local "Bolívar Cauca" (folio 75, cuad. 2 exp. 1929).

"Finalmente como en la falla del servicio se sustituye la noción de culpa individual por la de la falla orgánica, funcional o armónica de la administración no interesa, según lo enseñan la jurisprudencia y la doctrina, que no se haya identificado al agente individualmente responsable.

"2.2. LOS PERJUICIOS CAUSADOS.–

"Comprobada la falla en el servicio debe demostrar el actor el segundo elemento indispensable para la prosperidad de esta clase de acciones, el perjuicio cierto, determinado o determinable causado por la falla en el servicio sobre un bien suyo jurídicamente protegido.– Comprende el daño moral y el daño material recibidos.–

"2.2.1.– El daño moral:

"Teniendo en cuenta que son dos grupos de actores los que solicitan indemnización por este concepto, la Sala estudiará separadamente las pretensiones de cada uno de ellos.

"2.2.1.1. El daño moral para los actores en el proceso 1929.– Solicita el apoderado judicial de la parte actora el resarcimiento por los perjuicios morales sufridos por los padres y por los hermanos del occiso.

"Para acredita el parentesco presentó las siguientes pruebas:

"1o.) El notario Unico del Círculo de Bolívar –Cauca– certifica que en el serial 221111 del Sistema de matrimonios de dicha notaría, aparece la partida en la cual consta el matrimonio Católico de Constantino Muñoz Cajas y Rosa Tulia Cajas Hoyos, el 9 de septiembre de 1963.– (folio 14 cuad. 1 exp. 1929).–

"2o.) También certifica el mismo notario que en el folio 346 del libro de defunciones de esa oficina obra el registro de defunción de Luis Angel Muñoz Cajas (folio 15 cuad. 1 exp. 1929).

"3o.) Según el notario mencionado constan en el Libro de Registro Civil de nacimientos los siguientes hechos:

"– Que María Teresa Muñoz Cajas nació en el Municipio de Bolívar el 28 de febrero de 1959 (folio 1 cuad. 2 exp. 1929).

"– Que Luis Angel Muñoz Cajas nació en el Morro, Bolívar el 26 de agosto de 1962 (folio 2 ibídem).

"– Que Encarnación Muñoz Cajas nació en Bolívar el 7 de mayo de 1965 (folio 3 ibídem).

"– Que Jesús Eliécer Muñoz Cajas nació en Bolívar el 5 de mayo de 1967 (folio 4 ibídem).

"– Que Jesús Libardo Muñoz Cajas nació en Bolívar el 3 de enero de 1970 (folio 5 ibídem).–

"– Que Dora Lilia Muñoz Cajas nació en El Morro, Bolívar el 28 de abril de 1972 (folio 6 ibídem).

"– Que José David Muñoz Cajas nació en Bolívar el 28 de enero de 1975 (folio 7 ibídem).

"– Que Elías Fernando Muñoz Cajas nació en el Morro, Bolívar el 16 de julio de 1977 (folio 8 ibídem).

"– Que Carlos Alberto Muñoz Cajas nació en Bolívar el 5 de marzo de 1982.– (folio 9 ibídem), y

"– Que los mencionados Muñoz Cajas con hijos de Constantino Muñoz y Rosa Tulia Cajas. (Folio 1 a 9 ibídem).

"Teniendo en cuenta los anteriores parentescos, y de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que presume el dolor moral en su máxima intensidad entre padres e hijos y entre esposos o concubinos, la Sala reconocerá a Constantino Muñoz Cajas y a Rosa Tulia Cajas Hoyos, padres del occiso, el equivalente a un mil gramos oro para cada uno según la certificación que sobre el valor del gramo oro expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

"En relación con los hermanos no basta la simple demostración de parentesco deben acreditarse, además, el buen trato, la familiaridad y el mutuo afecto, circunstancias éstas que según los testimonios de Argemiro Hoyos López (folio 48 cuad. 2 exp. 1929), Blanca María Ordoñez (folio 49 ib), Alejandro Meneses Gómez (folio 50 v ib), Guillermo Gómez Hoyos (folios 51 v y 52 ib), Roque Libardo Navia Hoyos, (folios 52 v ib) entre otros, se daban en el presente caso.– Por ello la Sala

reconocerá a cada uno de los hermanos de Luis Angel Muñoz Cajas el equivalente a quinientos (500) gramos oro que es la suma que concretamente establece la jurisprudencia como indemnización para los hermanos, sin hacer distinción entre mayores y menores de edad teniendo en cuenta que la Jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha considerado que el daño moral producido a los menores por la falla en el servicio es cierto y de todas maneras consecuencia de ella, criterio éste que acepta el Tribunal por encontrarlo más acorde con la doctrina y la equidad que el anteriormente asumido por esta Corporación que negaba a los menores tal reconocimiento.

"2.2.1.2. El daño moral para los actores en el proceso 2145.

"Solicita el apoderado indemnización por perjuicios morales para Alfonso Dorado, compañero permanente de la occisa, para la menor, hija de ambos, María Liliana Dorado Gómez y para Rosa Ana, Mario de Jesús y Tomás Gómez Zúñiga hermanos de la hoy difunta María Tránsito Gómez Zúñiga.

' Para acreditar el parentesco presentó los siguientes documentos:

'1o.) Partida parroquial del matrimonio católico de Germán Gómez con Petronila Zúñiga el 16 de agosto de 1928, expedida por el párroco de la Iglesia Parroquial de La Santísima Trinidad de Bolívar.

"2o.) Según el mencionado párroco constan en el Libro de bautismos de la parroquia de la Santísima Trinidad de Bolívar, los siguientes hechos;

"— El bautismo de Tomás, nacido el 7 de marzo de 1929 hijo legítimo de Germán Gómez, Petronila Zúñiga (folio 5 cuad. 1 exp. 2145).

"— El bautismo de Rosa Ana, nacida el 23 de marzo de 1933, hija legítima de Germán Gómez y Petronila Zúñiga, folio 6 ib).

"— El bautismo de Mario de Jesús, nacido el 2 de junio de 1935, hijo legítimo de Germán Gómez y Petronila Zúñiga (folio 7 ib).

"3o.) Registro Civil de nacimiento de María Tránsito Gómez Zúñiga, nacida en el Pepinal —Bolívar el 22 de junio de 1941, hija de Germán Gómez y Petronila Zúñiga, expedido por el Notario único del Circuito de Bolívar, (folio 8 ib).

"4o.) Registro Civil de nacimiento de María Liliana Dorado Gómez nacida en Bolívar el 14 de octubre de 1974, hija de Alfonso Dorado y

Tránsito Gómez, expedido por el Notario Unico del Circuito de Bolívar (folio 9 ib).

"5o.) El mismo notario certifica que en el folio 345 del Libro de Defunción de esa oficina, aparece el registro de defunción de Tránsito Gómez Zúñiga (folio 10, ib.).

"Con base en los parentescos anotados, lo prescrito por el art. 105 del Decreto 1260 de 1970 sobre el valor probatorio de las partidas eclesiales aportadas y la jurisprudencia del Consejo de Estado se presume el dolor moral en su máxima intensidad entre padres e hijos, razón por la cual se reconocerá el equivalente de un mil gramos oro, según la certificación que sobre el valor del gramo oro expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia, a María Liliana Dorado Gómez, hija extramatrimonial de Alfonso Dorado y María Tránsito Gómez Zúñiga.

"A Tomás, Rosa Ana y Mario de Jesús en su condición de hermanos legítimos de Maria Tránsito Gómez Zuñiga se reconocerá el equivalente a quinientos gramos oro en atención a que, a pesar de que no demostró que convivieran bajo un mismo techo con su hermana hoy difunta, se demostró la familiaridad, la armonía y el mutuo afecto reinante entre ellos, con los testimonios de Dario Varón Rojas (folios 77 y 78 cuad. 1 exp. 2145), Gerardo Antonio Delgado Burbano (folio 81 ib), Teresa Victoria Daza de Delgado (folio 83-84 ib), Juán Hernando Pérez Daza (folio 87 ib), entre otros.–

"La indemnización que solicita Alfonso Dorado como compañero permanente de la occisa no puede aceptarse porque el actor no demostró de manera absolutamente convincente a juicio de la Sala la calidad que dijo ostentar.–

"En efecto los testigos sobre las relaciones existentes entre Alfonso Dorado y María Tránsito Gómez Zúñiga pueden clasificarse en dos grupos perfectamente diferenciados, los que declaran antes de que el apoderado de los actores tuviese ocasión de contrainterrogar y los que lo hicieron con posterioridad.

"Antes de analizar las declaraciones conviene referirse a lo afirmado por el apoderado en oficio del 230 de agosto de 1988, actuante a folio 123, en cuanto aduce que "... los derechos del Sr. Alfonso Dorado y Mario de Jesús Gómez quedarían vulnerados, pues por la forma en que estaba redactado el interrogatorio del Despacho no daba margen a que dichas personas fuesen referenciadas por los testigos ..." porque si bien el punto fue resuelto mediante auto del 1o. de septiembre de 1988 (folio 124) en el cual se explicó que el cuestionario propuesto por el apode-

rado de los actores fue reformulado por el ponente con acatamiento a lo dispuesto por el art. 226 inc. 2o. del C. de P. C., cabe destacar que las preguntas formuladas en la demanda contrariaban las reglas del testimonio por ser insinuantes de la respuesta.

"Para demostrar el aserto se transcriben las preguntas de los literales c) d) e) y f) de la prueba décimo quinta de la demanda y la reformulación que de ellas hizo el ponente por auto del 29 de febrero de 1988 (folio 51);

"3o.) Líbrese despacho al Señor Juez Penal del Circuito de Bolívar (C) a fin de que cite y haga comparecer a su despacho a los señores ... a fin de que depongan conforme al siguiente interrogatorio:

"a) ... b) ... c) ... Si por el conocimiento que de la anterior tuvieron, saben y les consta que la mencionada era compañera permanente del Sr. ALFONSO DORADO con quien tuvo una hija de nombre MARIA LILIANA DORADO GOMEZ, quien convivía con sus padres en una casita (sic) en cercanías de Bolívar, donde también tenía alojamiento la Sra. ROSA ANA GOMEZ ZUÑIGA, hermana de TRANSITO, a quien proporcionaba alojamiento, alimentación, vestuario, etc., existiendo estrechas relaciones de amistad entre todos y cada uno de los nombrados con la difunta MARIA TRANSITO.

"d) Si es cierto y les consta que todos y cada uno de los mencionados atrás sufrieron moralmente y siguen sufriendo por la muerte injusta de MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA, pues ésta era la compañera inseparable de ROSA ANA, en cuya compañía vivía, por lo cual ROSA ANA se vio afectada profundamente por el lamentable hecho; a su vez la niña MARIA LILIANA extraña y llora permanentemente la muerte de su progenitora, pues careciendo de otros hermanitos o familiares de edad semejante a la suya, el sólo refugio que siempre encontraba para sus penas era su madre;

"e) Si es cierto que la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ RENGIFO (sic) se dedicaba al laboreo del oro, pues explotaba personalmente una mina de tal metal en cercanías de Bolívar, con cuyo producto atendía a su propia subsistencia y a la de su hermana ROSA ANA y a su propia familia;

"f) Si es cierto que entre la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA y sus hermanos TOMAS y MARIO DE JESUS GOMEZ ZUÑIGA existían unas excelentes relaciones, pues cuando el primero de ellos viajaba desde Popayán a Bolívar siempre se alojaba en casa de su hermana TRANSITO, con quien compartía alegremente, al igual que cuando TRANSITO iba a Popayán se quedaba en casa de su hermano TOMAS,

a quien asiduamente visitaba; e igualmente MARIO DE JESUS, quien vive en la zona rural de Bolívar, siempre que iba al pueblo se quedaba y se alimentaba en casa de su hermana MARIA TRANSITO, pues el afecto que cada uno sentía por el otro era inmenso;

"El despacho reformuló las preguntas así:

"a) . . . . .

"b) . . . . . .

"c) Si saben con quién o quienes convivía la Sra. Gómez Zúñiga.– A quién o quiénes proporcionaba alimentación, alojamiento, vestuario, etc.– explicando las razones de su conocimiento.

"d) "Como eran las relaciones entre la Sra. Tránsito Gómez y las personas con quienes convivía.

"e) Qué impacto moral causó la muerte de la Sra. Tránsito Gómez en las mencionadas personas.

"f) A qué labores se dedicaba la occisa y qué destino daba a los dineros producto de su trabajo.

"g) Cómo eran las relaciones entre la Sra. Tránsito Gómez y sus hermanos y si saben qué impacto causó en los mencionados su muerte". (folios 20 y 21 y 51 - 51 del C. Ppal).

"Considera el Tribunal que las preguntas reformuladas dejaban la suficiente amplitud a los testigos para que pudiesen libremente, referirse a las personas con quienes convivía la occisa y a la clase de relación familiar que ella había formado.

"Se examinarán los testimonios sobre el particular extractando de ellos lo fundamental, entre lo pertinente.

"1o.) Darío Varón Rojas: afirma que María Tránsito vivía con Rosa Ana, Mario de Jesús, María Liliana su hija y un señor de apellido Dorado que es el papá de la niña (folio 76 y 77) pero al ser preguntado por el Magistrado: "Diga Usted, si el compañero de Tránsito Gómez Zúñiga de apellido Dorado, vivía con ella al momento de su fallecimiento y a qué se dedicaba y cuánto dinero ganaba mensualmente", dijo: "Sinceramente, al final, yo no sé si vivía con ella.– Cuando yo fuí, él estaba allí.– Lo que sí se es que él no siguió respondiendo por esa niña.– Responden por ella don Tomás y el resto de hermanos ..." (folio 78).

"2o.) Gerardo Antonio Delgado Burbano, afirma que vivía con Clemente (sic) Dorado y con la hija (folios 79) y al responder si al momento de su muerte convivía con el señor Clemente Dorado, manifestó: "Pues eso no lo puedo decir, pues yo como estoy viviendo aquí en Popayán, hasta que me vine, hace ocho años, sí convivían" (folio 80).

"3o.) Teresa Victoria Daza de Delgado, que afirma haber conocido a la occisa desde que ésta nació (folio 82), dice que Tránsito Gómez Zúñiga "vivía en el barrio de San Francisco, que es un barrio de Bolívar, en una casa que la hizo por sus propios esfuerzos.— Ella vivía con Rosa, hermana de ella y con su hija de nombre Liliana, que es hija de Tránsito. Allí también iba un hermano de ella que se llama Mario y que vive en el campo, en el Pepinal. Tomás que es otro hermano que vive aquí y que trabajó en la Policía, es el que ha vivido más pendiente de ellas, ayudándole a la educación de la niña" (folio 83).— En relación con el papá de la niña declaró: "Yo a él no lo conozco, pero en una ocasión me dijo ella que había sido muy irresponsable que a la fuerza le había dado el apellido. A ella le tocaba vivir sola y luchar para los demás hermanos. Por lo anterior yo creo que no vivían juntos, pues ella me dijo igualmente que él era casado". (folio 83).—

"4o.) James Hernando Pérez Daza afirma que la hoy difunta vivía con Rosa y con Liliana su hija y agrega: "No sé decirle si el papá de la niña vivía con ellos, el papá se llama Alfonso Dorado, lo único que sé decirle es que el padre es una persona muy humilde, muy pobre". (folio 86).

"Posteriormente al ser preguntado si el padre de la niña se preocupó por su educación y cuidados antes y después de la muerte de la madre, dijo: "Antes de la muerte, no sé decirle porque como le manifestaba anteriormente, la señora Tránsito trabajaba mucho y ella era la que sostenía a su niña. Después de la muerte si sé positivamente que quien ha estado tomando la tutela de la niña ha sido el hermano de la señora Tránsito, don Tomás.— Esto lo sé porque la niña yo la he visto en diferentes ocasiones y me he dado cuenta de que él va allá y le deja lo que puede aportarle para los gastos de la niña" (folio 86).

"5o.) Tito Manuel Medina dice que ella vivía con la hermana Rosa y una niña (folio 88) y en relación con el padre de la niña afirma: "Yo a él no lo conozco personalmente. Lo único que me consta a mí es que al señor Tomás, hermano de la finada, le ha tocado todos los gastos de la educación de la niña, él es el que afronta el problema de su crianza" (folio 89).

"6o.) Laureano Gómez Pérez declara: "Ella vivía con Mario, doña Rosa y su hija y los demás familiares que ella tenía.— Lo sé porque somos vecinos y yo me daba cuenta de ello" (folio 91).—

"Al responder sobre el padre de la niña depuso:

"Sí señor yo conozco al padre de la hija de María Tránsito Gómez, es uno de los Dorados, pero no recuerdo el nombre. El frecuentaba la casa, pero a mí no me consta que él viviera allí, tampoco puedo decir si se preocupaba por la crianza de la hija". (folio 92).

"Declarantes ante el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Bolívar:

"1o.) Francisco Torres: Vivía con Rosa, su hermana "lo mismo que una niña que llama Liliana, a quien la estaban criando ellas dos y esto así lo digo porque soy vecino de Rosa" (folio 97).

"2o.) Luis Zemanate Sotelo: "Pues ella vivía con una hermana de ella que llama Rosa Gómez Zúñiga, y ella vivía ahí en una casa que les dejó la mamá de ellas y únicamente vivían ahí las dos nadie más" (folio 98).

"3o.) Aura Molano de Zemanate: "Pues la finada María Tránsito vivía con la hermana de ella que llama Rosa Gómez Zúñiga y además estaban criando a una niña que llama Liliana" (folio 99).

"De las declaraciones hasta aquí transcritas en lo atinente deduce el Tribunal que Alfonso Dorado no fue compañero permanente de María Tránsito Gómez Zúñiga o, por lo menos, ya no lo era para la época de su muerte.–

"Ahora bien, Alfonso María Zúñiga, José Vicente Zemanante, Omar Padilla López y Jorge Antonio Portilla Dorado declaron (sic) unánimente en forma contraria a los testigos hasta aquí enumerados.

"Coinciden en afirmar que Alfonso Dorado y María Tránsito Gómez Zúñiga eran concubinos y se presentaban ante propios y extraños como marido y mujer más o menos desde 1970 y hasta la muerte de María Tránsito, dice que la hija común, Liliana, está bajo el cuidado de su padre Alfonso Dorado, quien vivía con María Tránsito y la niña, pero sólo iba a la casa los fines de semana porque trabajaba en el campo.

"La Sala considera sospechosos estos testimonios porque no son concordantes y armónicos sino repetitivos, no revelan espontaneidad.– No entiende la Sala por qué estos testigos, vecinos de la occisa, captaron tan intensa y ampliamente la relación existente entre aquella y Alfonso Dorado hasta el punto de que uno de ellos, Alfonso María Zúñiga Zúñiga llegó a afirmar que "... dormitaban en la misma pieza en la casa del barrio San Francisco cuando ellos se encontraban, aquí en la ciudad" (folio 150 vuelto), mientras los demás testigos, algunos de ellos también vecinos de María Tránsito, o no se atreven siquiera a afirmar que vivieran juntos o, muy al contrario, insisten en que María Tránsito vivía sola con su hija y con su hermana.

"Considera el Tribunal, siguiendo la pauta trazada por quienes atestiguaron en un principio, que ciertamente Alfonso Dorado tuvo relacio-

nes con María Tránsito Gómez Zúñiga y como fruto de ellas nació Liliana Dorado Zúñiga pero no se demostró fehacientemente el carácter permanente de la unión y no existiendo una relación afectiva o sentimental estable mal puede reconocerse indemnización. Nótese que sólo los últimos testigos hablan del dolor moral de Alfonso Dorado por la muerte de María Tránsito mientras la mayoría de los primeros ni lo menciona, alguna lo considera irresponsable y otro más afirma el incumplimiento de sus deberes como padre.– En concepto del Tribunal, se insiste, no se demostró que unieran a la pareja relaciones efectivas intensas capaces de producirle un daño moral y ni siquiera se advierte claramente la existencia permanente de un lazo amoroso que se haya destruido por la muerte de María Tránsito Gómez Zúñiga, razón por la cual no se condenará a la Nación a reconocer suma alguna como indemnización por daño moral a Alfonso Dorado.– La muerte de una persona no puede convertirse en fuente de enriquecimiento sin causa.–

"2.2.2. El daño material.

"2.2.2.1.– El daño material para los actores en el proceso 1929;

"Se demostró que Luis Angel Muñoz Cajas era Bachiller en la modalidad de Ciencias Agropecuarias, Según Acta de graduación No. 002 de julio 1o. de 1983 del Instituto Técnico Agrícola de Buga-Valle, según constancia del 13 de febrero de 1987 suscrita por el Rector, el Vice-Rector y la Secretaría de control y registro de dicho establecimiento.

"Igualmente con prueba testimonial se demostró que el hoy occiso desempeñaba algún tipo de actividad económica relacionada con su especialidad.

"El apoderado de los actores solicitó un peritaje a efectos de establecer el monto de los perjuicios materiales, se efectuó y obra de folios 139 a 143 del cuad. 1 del exp. 1929.– El Tribunal aceptará como base de la indemnización el ingreso mensual de $40.000.oo que señalan los peritos después de consultar a varias de las personas que antiguamente ocuparon los servicios del occiso, con base en los argumentos que ellos esgrimen.

"Sin embargo como el dictamen se rindió el 10 de diciembre de 1987 y las fórmulas empleadas han sido modificadas, la Sala condenará en abstracto a la Nación – Policía Nacional para que los interesados tramiten posteriormente el incidente, según lo dispuesto por el Art. 308 del C. de P.C., sobre las siguientes bases:

"1o.) Como base de la liquidación se tomará la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo) que, según los peritos, era el ingreso mensual obtenido por Luis Angel Muñoz Cajas como técnico agrícola independiente.

"2o.) Para la determinación del lucro cesante que corresponde a los padres de la víctima se tendrá en cuenta la vida probable de los progenitores individualmente considerados, por ser menor que la de su hijo difunto.

"3o.) Se tendrá en cuenta la variación porcentaual de los índices de precios al consumidor, certificado por el Dane en el período comprendido entre el día de la causación del perjuicio, 25 de mayo de 1985, y la fecha de esta providencia, en aplicación del art. 178 del C.C.A.–

"4o.) En la liquidación se tendrá en cuenta un porcentaje del 40% que la víctima, hombre soltero, destinaba para sus propios gastos y 60% restantes se dividirá en partes iguales para su padre y para su madre.

"5o.) En la liquidación se distinguirá la indemnización debida o consolidada desde el 25 de mayo de 1985 hasta la fecha de esta providencia y la futura o anticipada, con intervención de peritos y en la forma establecida por la jurisprudencia, teniendo en cuenta la posible supervivencia de los padres por ser menor que la posible supervivencia de la víctima.

"6o.) No se reconocerá suma alguna por daño emergente por no haberse demostrado en el proceso.

"7o.) No se reconocerán perjuicios materiales a los hermanos por cuanto se radican en cabeza de los progenitores para los menores en la forma ya señalada y en cuanto a los hermanos mayores de edad por cuanto se presume que veían por sí mismo y no se desvirtuó esta presunción.

"2.2.2. El daño material para los actores en el proceso 2145.

"Los diferentes testigos señalan como ingreso mensual de la víctima sumas diferentes sin ningún asidero real en el proceso y no se efectuó peritaje al respecto.

"Por las mismas razones anotadas, al aludir a los perjuicios morales, no se reconocerá suma alguna por este concepto a Alfonso Dorado, presunto concubino de la víctima.

"Tampoco se reconocerá suma alguna por daño material a los hermanos de la difunta porque son mayores de edad y no se demostró que dependieran económicamente de ella.

"En consecuencia sólo tendrá derecho al reconocimiento por perjuicios materiales la menor Liliana Dorado Gómez, hija de la víctima y

quién, según los testimonios mayoritarios ya transcritos, dependía económicamente de aquella.

"Ante la imposibilidad de condenar en concreto al pago de este perjuicio, se procederá a la condena *in-genere* prevista en los arts. 307 y 308 del C. de Pr. C., bon gase en las siguientes pautas:

"1o.) Se ameritarán los ingresos que obtenía María Tránsito Gómez Zúñiga, derivados de sus actividades de minería.— Para ello se tendrán en cuenta sus declaraciones de renta no extemporáneas en relación con la fecha de presentación de la demanda que inició este proceso, presentadas por la víctima en los dos últimos años gravables anteriores al de su muerte, o toda prueba que arroje certeza sobre el monto de utilidades mensuales promedio del último año de la finada.

"2o.) En caso de no establecerse la cuantía con base en el numeral precedente se acudirá al salario mínimo legal vigente para mayo de 1985, en el Municipio de Bolívar, Cauca.

"3o.) En la liquidación se tendrá en cuenta un porcentaje del 50% que la víctima destinaba para sus propios gastos y el 50% restante se tomará como la cantidad que destinaba mensualmente para su hija menor Liliana Dorado Zúñiga. (sic.).

"4o.) La indemnización que se fijará a partir de la suma concreta que se establezca con base en las pautas antreiores, comprenderá dos períodos según lo establece la jurisprudencia del Consejo de Estado, así: Uno vencido o consolidado, que corre desde el día de causación del perjuicio (25 de mayo de 1985) hasta la fecha de esta sentencia. Otro, desde el día siguiente a la fecha de este fallo hasta el término de la vida probable de María Tránsito Gómez Zúñiga o hasta el día en que la menor Liliana Dorado Zúñiga (sic) cumpla 19 años de edad, debiéndose acoger al lapso menor.

"5o.) La liquidación de la indemnización se efectuará con intervención de peritos y en la fecha establecida por la jurisprùdencia, teniendo en cuenta la posible supervivencia de la madre o el día en que la menor Liliana Dorado Zúñiga (sic) cumpla 18 años de edad, debiéndose acoger el lapso menor.

"6o.) Se dará cumplimiento a las pautas 3a. y 6a. del acápite anterior, el daño material para los actores en el proceso 1929.

"2.3.— La relación de causalidad.

"Este tercer elemento de la responsabilidad administrativa surge claramente de lo expuesto al analizar los hechos constitutivos de la falla

en el servicio porque si estos no se hubiesen producido el perjucio que se ordena indemnizar no se hubiese generado". (folios 184-211 Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 223 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de los actores 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 perfil:

"Recurro la sentencia en los siguientes puntos:

"1o. Ruego a Ud., que la providencia atacada sea reformada en el sentido de incluir como beneficiario de los perjuicios morales en el segundo párrafo del punto 2o. de la parte resolutiva y por el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos oro, al Sr. ALFONSO DORADO, en su condición de compañero permanente de la occisa MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA.

"Fundo la solicitud en el hecho de que el Tribunal del Cauca en la página 24 de la sentencia despojó de tales derechos al Sr. ALFONSO DORADO, bajo el argumento de que no se demostró que el mismo hubiese sufrido daño moral por la muerte de su compañera, con la cual había procreado a la menor LILIANA DORADO GOMEZ, menor legalmente reconocida por su padre, citando para el efecto aparte de algunos testimonios y quitando, injustamente, el valor probatorio a los que se recepcionaron para demostrar tales perjuicios, que son exactamente los que se solicitaron para tal efecto a través de la prueba DECIMA-NOVENA del proceso No. 2145, esto es, los testimonios de ALFONSO MARIA ZUÑIGA, JOSE VICENTE ZEMANATE, OMAR PADILLA LOPEZ y JORGE ANTONIO PORTILLA DORADO.–

"Es equivocado el análisis hecho por el *a-quo* puesto que los testimonis específicos citados para comprobar el dolor moral y las relaciones permanentes de ALFONSO DORADO con la difunta MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA eran los solicitados en la prueba DECIMA-NOVENA a que ya hice alusión atrás, mientras que los testimonios de la prueba DECIMA-SEPTIMA (DARIO BARON ROJAS, GERARDO DELGADO BURBANO, TERESA VICTORIA DAZA DE DELGADO, JAMES PEREZ, TITO MANUEL MEDINA y LAUREANO GOMEZ PEREZ) estaban exclusivamente solicitados para demostrar las relaciones existentes entre la occisa y sus hermanos sobrevivientes y el dolor

moral sufrido por éstos, por lo cual era incorrecto extender el interrogatorio a un punto que no era de su incumbencia.

"Y digo que no era de su incumbencia puesto que se trataba de testigos radicados desde mucho tiempo atrás en la ciudad de Popayán, a varias horas de distancia de Bolívar, población ésta donde vivía tanto MARIA TRANSITO GOMEZ como su compañero permanente ALFONSO DORADO y, precisamente, porque se estimaba que por esa circunstancia de lejanía no eran conocedores plenos de las relaciones entre los mencionados y el dolor moral del compañero permanente sobreviviente por la muerte de su compañera, es por lo que el suscrito no solicitó su testimonio para demostrar esas relaciones y ese dolor moral, por lo cual no asiste razón alguna al Tribunal de instancia para haber fundado en ellos una negativa, pues es apenas lógico que la parte demandante solicite el testimonio para demostrar un hecho o una circunstancia exactamente a las personas a quienes pueda constarle y no a otras: el Tribunal del Cauca, motu propio (sic), resolvió variar la prueba y exigir de los testigos algo que no les constaba.–

"Esa es la razón para que alguno de los testigos ni siquiera recuerde el nombre del compañero permanente, confundiéndo a ALFONSO con CLEMENTE; otro que manifiesta que hace 8 años se vino de Bolívar; otra testigo dice no haber conocido al papá de la menor LILIANA DORADO al paso que hace referencia al conocimiento de TOMAS GOMEZ, hermano de la difunta, diciendo que es una persona que trabajó en la Policía, lo cual sucedió hace cerca de 30 años atrás; otro sólo nos hace alusión a que el padre de la niña es una persona muy humilde y pobre; y otro dice no conocer al padre de la misma y el de más allá, que lo conoce pero no recuerda su nombre.–

"Realmente extraña que el Tribunal del Cauca no haya realizado un análisis completo de la prueba testimonial, pues si se hubiese cumplido a cabalidad con ese deber sagrado del juzgador las conclusiones hubiesen sido distintas.

"En cuanto al testimonio de FRANCISCO TORRES, LUIS ZEMANATE SOTELO y AURA MOLANO DE ZEMANATE, solicitados por la prueba DECIMA-QUINTA, si bien estaban en su origen destinados a demostrar, en parte, las relaciones extramatrimoniales de la difunta con ALFONSO DORADO y de unidad con su hermana ROSA ANA, perdió alcance la prueba en lo tocante al Sr. ALFONSO DORADO puesto que el Tribunal desvirtuó la prueba al reformular en forma antitécnica y desviada el interrogatorio que se había propuesto en la demanda y que obra a fs. 20 de la sentencia, pues allí se pregunta por las personas que vivían con la occisa, lo cual es entendido por las personas sencillas de un pueblo en el sentido de quiénes vivían todos en la misma

casa, por lo cual hicieron relación a su hermana ROSA ANA y a su hija MARIA LILIANA, sin llegar a comprender la importancia ni de las visitas semanales que MARIO, hermano sobreviviente de MARIA TRANSITO, hacía a dicha casa ni la estadía que a finales de todas las semanas hacía allí ALFONSO DORADO, su compañero permanente.

"No habría reparo alguno qué hacer a la formulación de las preguntas si se hubiesen estructurado en la forma siguiente o semejante: "Diga ud. si la difunta MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA tuvo compañero permanente, cuál era su nombre, cómo eran las relaciones entre ambos y cuál fue el impacto moral que la muerte de MARIA TRANSITO le produjo?", estando muy distante de lo anterior la pregunta reformulada en la literal g) donde se dijo: "g) Cómo eran las relaciones *entre la Sra. Tránsito Gómez y sus hermanos* y si saben qué impacto causó en los mencionados su muerte", donde se observa que se excluyó inopinadamente el sufrimiento de su compañero permanente.

"Y por ese criterio que los testigos daban al sentido de la pregunta reformulada de estimar que se trataba de una convivencia de absolutamente todos los días, se llegó a crear un vacío probatorio, pues ellos jamás podrían imaginar que tuviese importancia los encuentros que a fin de semana tenían los compañeros permanentes para cohabitar, convivir, etc., y que ya había dado como fruto el nacimiento de la niña MARIA LILIANA, la cual fue reconocida en forma legal e inmediata por su padre ALFONSO DORADO, acto éste demostrativo de la unidad espiritual que entre madre y padre existió.

"Detectada por el suscrito la falla en que incurrió el Despacho al reformular las preguntas en forma equivocada y en cumplimiento de mis deberes profesionales, me presenté a las diligencias dentro de las cuales declararon los Srs. ALFONSO MARIA ZUÑIGA, JOSE VICENTE ZEMANATE, OMAR PADILLA LOPEZ y JORGE ANTONIO PORTILLA DORADO, quienes en forma clara expusieron la existencia de las relaciones maritales extramatrimoniales entre MARIA TRANSITO GOMEZ y ALFONSO DORADO y las causas por las cuales éstos no permanecían en su hogar durante la semana, ya que cada uno tomaba rumbo diferente a desempeñar distintas labores económicas, ya que uno actuaba como agricultor mientras que la otra se dedicaba a la minería, para tener sus encuentros íntimos a fines de semana. Los testigos fueron suficientemente claros en sus exposiciones y dieron testimonio del dolor moral que embargó al Sr. ALFONSO DORADO por la muerte de su compañera permanente, por lo cual es imperativo que dicho perjuicio moral fuese reconocido en la sentencia, tal como lo estoy pidiendo.

"Me remito en su integridad a dichos testimonios.

"Así, pues, los testimonios de la prueba 15, estaban orientados a demostrar la unidad familiar de la difunta con sus parientes sobrevivientes, en especial con su hermana ROSA ANA y su hija MARIA LILIANA; los de la prueba 17, con sus hermanos radicados tanto en Popayán como en Bolívar; y los de la prueba 19, específicamente a demostrar las relaciones maritales extramatrimoniales de ALFONSO DORADO con MARIA TRANSITO GOMEZ y el dolor moral que afectó a aquel por la muerte de ésta, en razón de ser personas perfectamente conocedoras de dichas relaciones por la gran amistad que a los testigos los unía con ambos y que los llevaba a frecuentar el hogar de MARIA TRANSITO GOMEZ, dándose cuenta de todas sus intimidades.

"...

"2o. Ruego a Ud. sea reformada la sentencia en el punto 3o. de la parte resolutiva a fin de que se disponga la cancelación de perjuicios materiales a favor de ALFONSO DORADO, en concurrencia con su hija MARIA LILIANA DORADO, en razón del lucro cesante que se produjo por la muerte de su compañera permanente MARIA TRANSITO GOMEZ.

"En efecto, se ha demostrado plenamente con los testimonios de los Srs. ALFONSO MARIA ZUÑIGA, JOSE VICENTE ZEMANATE, OMAR PADILLA LOPEZ y JORGE ANTONIO PORTILLA que la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ concurría con sus entradas económicas al sostenimiento de su compañero permanente, debido a que ambos canalizaban sus esfuerzos económicos al sostenimiento del mismo hogar, pero siendo las ganancias de DORADO (dedicado a la agricultura) muy inferiores a las de MARIA TRANSITO (dedicada a la minería).

"Me remito al contenido de los testimonios aludidos.

"...

"3o. Ruego a Ud. sea modificada la sentencia en el sentido de señalar en la parte motiva de la misma como pauta para fijar el salario específico de la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA los testimonios legalmente evacuados dentro del proceso que hacen referencia a tal aspecto, es especial el de los Srs. MIGUEL AGREDO, LUIS ZEMANATE, JESUS MARIA GOMEZ y ALFONSO ZEMANATE, solicitados conforme a la prueba 16 de la Demanda.

"Ciertamente considero suficientes los testimonios aportados para demostrar que el salario específico de MARIA TRANSITO GOMEZ era muy superior al salario mínimo legal y que existe claridad en los

mismos, por lo cual se hace innecesario el entrar a debatir probatoriamente de nuevo ese punto.

"Por todo lo expuesto, muy comedidamente solicito al H. Consejo de Estado se sirva REFORMAR la sentencia atacada en los puntos que me he permitido señalar, ampliando mi pedimento inmediatamente anterior así:

"Ruego que en las pautas para fijar o determinar los perjuicios materiales por lucro cesante que se causaron con la muerte de MARIA TRANSITO GOMEZ se tome como salario específico la suma de $70.000 mensuales, en atención al detallado estudio pericial que rindieron los Drs. GUSTAVO CARMONA CORREA y MARILU CALDERON DE CARVAJAL, el cual obra dentro del proceso 2145.

"En efecto, se dispuso que pericialmente se determinara el salario específico de la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA y se designaron como peritos a los profesionales ya citados, quienes rindieron un estudio completo al respecto, el cual fue puesto en conocimiento de las partes, habiendo quedado en firme al no recibir reparo alguno.

"Ahora bien, observo que el H. Tribunal Administrativo del Cauca obró con ligereza al no hacer alusión alguna a dicho dictamen, que constituye prueba irrefutable, pues se nota en las páginas 26 y 27 de la sentencia que al referirse al "daño material para los actores en el proceso 2145" se guardó impresionante silencio al respecto.

"Por ello, al tratarse de una prueba en firme y de hondo calado, no puede ser desechada olímpicamente, sino que debe ser atendida en integridad, pues de otra manera no existiría objeto alguno para que las partes solicitemos la práctica de pruebas si el juzgador las aprecia o desprecia a su antojo.

"Hay, pues, base probatoria suficiente para que sean reconocidos los derechos del Sr. ALFONSO DORADO y para la determinación del salario específico de la Sra. MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA".

– III –

VISTA FISCAL

La Fiscal Séptima de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en su concepto de fondo **OBSERVA:**

"La Fiscalía considera que el fallo motivo de impugnación se ajusta a la realidad procesal, porque los elementos estructurales de la responsa-

bilidad estatal se encuentran debidamente acreditados dentro de la actuación.

"En efecto, en primer término el hecho causante del prjuicio se comprobó a través de varias declaraciones, entre otras, las rendidas por los señores Argemiro Hoyos López, Blanca María Ordoñez, Roque Libardo Navia Hoyos, Luis Obdulio Escobar Méndez y Efraín López, vista a folios 47, 48 vuelto, 52, 55 y 59 del cuaderno de pruebas No. 2.

"De los citados testimonios se deduce, que en la población de Bolívar (Cauca), el día 25 de mayo de 1985, yendo una gran multitud de gente acompañando el cortejo fúnebre del presunto guerrillero llamado Dorángel Cardona, fueron lanzadas consignas contra los militares por algunos de los participantes; como varios militares vigilaban el desarrollo de la ceremonia fúnebre, uno o varios de los uniformados reaccionaron en forma grosera e injustificadamente procedieron a disparar contra la multitud causando la muerte de varias personas que desprevenidamente por allí se encontraban o pasaban como sucedió con María Tránsito Gómez Zúñiga y Luis Angel Muñoz Cajas.

"Estima este Ministerio Público que si bien es cierto al proceso no se aportaron las correspondientes actas de levantamiento de los cadáveres, ni las necropsias practicadas a los mismos, de todas formas existen otras pruebas que conduce a demostrar que María Tránsito Gómez Zúñiga y Luis Angel Muñoz Cajas, fallecieron como consecuencia de los disparos realizados por los agentes del orden, el día 25 de mayo de 1985.

"En efecto, a folios 2 y 15 del Expediente No. 1929 obran el Registro Civil de Nacimiento, así como el Registro Civil de Defunción del occiso Luis Angel Muñoz, en el último de los documentos citados, se afirma que la causa de la muerte fue violenta; en el cuaderno No. 2 de pruebas, aparece un acta de reconocimiento de cadáver firmada por el Director Encargado del Hospital local de Bolívar (Cauca), donde se describen las heridas recibidas y producidas por arma de fuego.

"En cuanto a la finada María Tránsito Gómez Zúñiga, se aportaron también los registros civiles de nacimiento y defunción en el cual aparece consignada la constancia de que la causa de la muerte fue violenta; a folio 75 del cuaderno No. 1, se encuentra transcripción o certificado del acta de reconocimiento externo del cadáver, firmada por el señor Director del Hospital de Bolívar, a donde se describen las heridas recibidas producidas por arma de fuego.

"Los documentos citados, son suficientes para probar la muerte de los occisos mencionados.

"En relación con la autoría del hecho, si bien es cierto en esta clase de procesos no es necesario probar o establecer situaciones de carácter subjetivo, no lo es menos, que debe demostrarse que los causantes del mismo estaban vinculados a la Administración, de un lado, y por otro, que su actuación configura una falla en el servicio por acción o por omisión.

"Para la Fiscalía se insiste, si no hay suficiente claridad acerca de la autoría de los hechos, de las diversas declaraciones rendidas dentro del proceso se deduce que los agentes de la Policía Nacional fueron los principales progagonistas de ellos, al ser señalados únicamente como las personas que en forma injustificada dispararon sus armas contra la multitud que acompañaba al cortejo fúnebre ocasionando la muerte a las personas referidas.

"La Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido reiterativa en el sentidio que la utilización de las armas de dotación oficial por parte de los servidores públicos solo puede hacerse en casos extremos en situaciones en las que evidencie la necesidad de proteger su propia vida por hallarse en inminente peligro, circunstancia que no se ha probado dentro del presente asunto y, por el contrario, se infiere que hubo inequidad e injustificación al disparar contra la muchedumbra de gente en forma indiscriminada y en diferentes direcciones.

"En este orden de ideas se concluye que el hecho se realizó por parte de los servidores públicos, luego al no existir causal eximente o justificativa, la consecuencia es proceder a declarar la responsabilidad de la Nación.

"La indemnización de perjuicios morales, estima la Fiscalía se encuentra debidamente tasados al reconocer el equivalente de 1.000 gramos de oro a Constantivo Muñoz Cajas y Rosa Tulia Cajas Hoyos, en su condición de padres del occiso Luis Angel y a la menor Liliana Dorado Gómez, hija extramatrimonial de la finada María Tránsito, atendiendo que se demostró dentro del proceso dicho parentesco (ver folios 2,14 exp. 1929 y 9 y 9 vto. exp. 2145).

"Es acertado el reconocimiento efectuado a María Teresa, Nelly Encarnación, Jesús Eliécer, Jesús Libardo, Dora Lilia, José David, Elías Fernando y Carlos Alberto Muñoz Cajas, hermanos de Luis Angel, en razón a que no sólo se demostró la condición de parentela con el occiso (ver folios 1,3,4,5,6,7,8, y 9 expediente No. 1929 en su orden), sino que con declaraciones se probó la relación familiar existente entre la víctima y los demandantes.

"En el mismo sentido observa la Fiscalía, se encuentran los actores Tomás, Rosa Ana y Mario de Jesús Gómez Zúñiga, frente a la occisa María Tránsito (fls. 5,6 y 7 expediente No. 2145), pues aparecen los registros civiles de nacimiento y además, las declaraciones rendidas dentro del informativo para demostrar la relación y unidad de familia. (fls. 76-78, 79-81, 82-84, 81-93, 97-98 y 99 del expediente 2145).

Considera la Fiscalía que la suma fijada es adecuada.

"LOS PERJUICIOS MOTIVO DE APELACION.

"Frente a la condena *in genere* y a las personas que cobija el reconocimiento, tal como se dispuso en el punto 3o. de la parte resolutiva del fallo, estima la Fiscalía se ajusta a derecho, pues no existe duda de acuerdo con las declaraciones aportadas al informativo que los padres de Luis Angel y la hija de María Tránsito, recibían ayuda económica de los occisos, siendo, en consecuencia los directos afectados con la muerte del hijo en el primer caso y con la madre en el segundo. Pero en realidad de verdad, las declaraciones rendidas así como las experticias dadas por los señores peritos, no muestran en forma fehaciente el valor del ingreso recibido por las víctimas, para proceder a condenar en concreto por lo cual es de recibo el ordenar el trámite incidental, como lo hizo el Tribunal para establecer el valor de los ingresos por medios veraces y técnicos atendiendo a la ocupación de las víctimas, la posible remuneración obtenida mensualmente o en su defecto, acudiendo al salario mínimo existente en esa región para la época de los hechos.

"En consecuencia por este aspecto debe donfirmarse la providencia del *A-quo*.

"En lo que atañe a la Apelación por razón de la negativa de las súplicas de la demanda frente a los perjuicios alegados por el señor Alfonso Dorado, en criterio de este Despacho Fiscal no le asiste razón al Apelante por las siguientes razones:

"a).– Pretender darle a la prueba un tratamiento de la naturaleza querida por el Actor-Apelante es atentatorio contra los principios de derecho probatorio como son los de la unidad, comunidad y evaluación de la prueba cuyo objeto apunta precisamente a llevar al Juez a un convencimiento pleno de los hechos para producir una decisión acertada.

"b).– No puede, entonces, sostenerse válidamente que una prueba pueda tener un carácter específico para demostrar sólo un determinado hecho, salvo que así lo diga la Ley, que no es el caso en estudio.

"c).– Concretamente al estudiar las pruebas cuestionadas, la Fiscalía observa que se recogieron una serie de testimonios de contenido contradictorio entre sí, que por lo mismo no puede tenerse como prueba de que el señor Alfonso Dorado era el compañero permanente de la señora Tránsito Gómez y por lo mismo que tenga derecho a la indemnización por perjuicios morales y materiales solicitados.

"En efecto: En el proceso aparece un gran número de declarantes que pueden dividirse en dos grandes grupos: Los residentes fuera del Municipio de Bolívar y los residente en dicha localidad. Frente a las declaraciones rendidas por los primeros sostiene el apelante que por su lejanía con la residencia de la occisa no estaban enterados a cabalidad de las relaciones entre ésta y el señor Dorado. En términos generales esta anotación podría tener acogida en otra clase de juicio pero en éste en el cual estuvo presente el apoderado del actor y en donde uno de los declarantes, la señora Teresa Victoria Daza, quien manifiesta haber conocido a la occisa desde que esta nació, manifiesta igualmente que la niña Liliana fue reconocida casi a la fuerza por su padre (fl. 83 del exp. 2145), y precisamente en la Certificación Notarial sobre el nacimiento de la niña Liliana aparece una nota que da cuenta de que fue "Reconocida ante el Juzgado de Menores como hija natural de Alfonso Dorado. Referencia Oficio No. 514 de noviembre 17 de 1977" (fl. 9 vto). Es decir, de alguna manera el testimonio mencionado está siendo corroborado por la anotación de la Notaría porque muestra que no hubo reconocimiento inicial. No puede desecharse entonces, la afirmación hecha en el testimonio en mención.

"El segundo grupo de declarantes a su vez se divide en dos sub grupos: El primero afirma conocer muy cerca a la occisa por haber sido su vecina y afirma también no tener noticia de la convivencia de ella con Alfonso Dorado, y el segundo grupo que afirma el mismo conocimiento por la misma razón del anterior y contradice al primero asegurando que la finada Doña Tránsito Gómez y el señor Alfonso Dorado se presentaban ante los demás como marido y mujer.

"La disparidad anterior es explicada por el Apoderado de la parte actora como el resultado de la mala formulación de las preguntas por parte del comisionado en el primero de los casos; pero la Fiscalía luego de leer el interrogatorio observa que el mismo daba pie para que el testigo pudiera explicar, entre otras cosas, si había una relación de la finada con el señor Dorado. En relación con los testigos que hicieron parte del último de los grupos en mención la Fiscalía comparte la anotación del *A-quo* cuando dice que las manifestaciones resultan repetitivas.

"En fin del cuadro anterior se desprende que respecto a las relaciones entre María Tránsito y Alfonso Dorado no hay una prueba plena y por

lo mismo se deben considerar como no demostradas, y en consecuencia por este aspecto debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

"Frente a la última petición de la apelación la Fiscalía opina que debe denegarse con base en lo ya expuesto y en el hecho de que no aparece formulada con ocasión de la demanda.

"CONCLUSION

"Por lo expuesto la Fiscalía conceptúa que la decisión de Primera Instancia debe CONFIRMARSE". (fls. 245-251 Cdno. No. 1).

– IV –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será confirmada, aunque haciéndole algunas precisiones de alcance económico, por las razones que más adelante se expondrán.

En el *sub-lite* quedo bien demostrada la falla del servicio, como muy bien lo destaca el *a-quo*. El universo de las declaraciones rendidas dentro del informativo por ARGEMIRO HOYOS LOPEZ, BLANCA MARIA ORDOÑEZ, ALEJANDRO MENESES GOMEZ, ROQUE LIBARDO NAVIA HOYOS, LUIS OBDULIO ESCOBAR MENDEZ y EFREN LOPEZ, tiene fuerza de convicción. Ellos relatan, con lujo de detalles, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron lugar los hechos que culminaron con la muerte de LUIS ANGEL MUÑOZ y MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA. Nada justifica, ni explica que la fuerza pública hubiese hecho uso de las armas, en ceremonia de entierro, en la cual los particulares, fuera de ir gritando o protestando, no agredieron ni a la policía ni al ejército. La conducta de los Agentes Millán y Barroso, no se ajustó a las normas que la Institución tiene fijadas para el actuar de sus miembros, que al ingresar a ella juran cumplir bien y fielmente con sus deberes, uno de los cuales, el fundamental, es el respeto de la vida humana. Expresiones como si "... lo que quieren es bala, entonces tengan ..." permiten al sentenciador vivenciar que aún en los cuerpos encargados de mantener el orden y de conservar la paz, hay seres que en lo más hondo de sí mismos odian la vida, realidad que impone el estudio de los motivos que puedan registrarse detrás de la conducta, esto es, sobre los orígenes de la agresión. Al sugerir el estudio de tal problemática la Sala recuerda, con E. Fromm, que lo que "... preocupa en este momento no es el problema de la vida o la muerte, sino el de la ventaja que la muerte va adquiriendo sobre la vida ...". En un régimen democrático es normal que los ciudadanos exterioricen sus inconformidades desfilando, protestando, gritando, etc. La democracia, como lo recuerda NORBERTO BOBBIO se funda no sobre el consenso, sino sobre el disenso. Sólo allá

donde éste es libre de manifestarse, es real, y solo allí donde es real, el sistema puede considerarse, con todo derecho, como democrático. Por ello se enseña que existe una relación necesaria entre democracia y disenso.

Esta verdad demanda que la autoridad policiva esté preparada para mantener el orden pero siempre respetando los derechos más caros a la persona humana, entre ellos el de su dignidad y el espacio de libertad que requiere la protesta misma. Por ello se enseña hoy que respecto de los derechos del hombre el problema grave de nuestro tiempo no es el de fundamentarlos sino el de protegerlos.

Frente a realidades como la que se deja estudiada, la Sala no vacila en concluir que hubo falla del servicio pues éste funcionó anormalmente. Por ello la administración debe responder e indemnizar los perjuicios causados.

B) La Sala confirmará la condena que el pago de perjuicios morales hizo el fallador de instancia en favor de CONSTANTINO MUÑOZ y ROSA TULIA CAJAS padres de LUIS ANGEL MUÑOZ. También la que dispuso en favor de los hermanos de la víctima, señores JESUS ELIECER, MARIA TERESA, NELLY ENCARNACION, JESUS LIBARDO, DORA LILIA, JOSE DAVID, ELIAS FERNANDO y CARLOS ALBERTO MUÑOZ CAJAS, pues respecto de los primeros se presume el afecto hacia el hijo, y los segundos, lo demostraron, como muy bien lo destacó el *a-quo*.

Se revocará la condena que se hizo en favor de los padres ya citados, por perjuicios materiales, pues a juicio del *ad-quem* no se demostró en forma clara que el finado LUIS ANGEL MUÑOZ atendiera en forma regular periódica, a las necesidades de sus padres. Por lo demás, del mismo interrogatorio que se les formuló a los declarantes BLANCA MARIA ORDOÑEZ y JOSE ALBERTO NAVIA CAJAS, se desprende que los padres demandantes tenían una finca en el sector de El Morro, realidad que impide vivenciar la real necesidad de ayuda que éstos tenían por parte del hijo fallecido. En esta materia no se puede olvidar que las ayudas ocasionales, de momento, no tienen el universo necesario para condenar al pago de perjuicios materiales, pues el daño debe ser CIERTO y REAL. A lo anterior se agrega que LUIS ANGEL MUÑOZ, al fallecer, ya tenía más de veintitrés (23) años de edad, momento en el tiempo físico en que la Sala exige una prueba muy convincente para condenar al pago de perjuicios materiales, en favor de los padres, pues es la época en que en nuestro medio las personas suelen contraer matrimonio, formando así su propio hogar.

C) Se confirmará también la condena que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia en favor de LILIANA DORADO GOMEZ, pues se demostró, en legal forma, que es hija extramatrimonial de MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA, quien aparece firmando el acta de registro de naci-

miento. Se reitera la pauta jurisprudencial en el sentido de que respecto de los hijos se presume el afecto de los padres.

D) También se confirmará la condena al pago de perjuicios morales en favor de TOMAS, ROSA ANA y MARIO DE JESUS GOMEZ ZUÑIGA, pues acreditaron ser hermanos legítimos de la occisa MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA, y el afecto que en vida le tuvieron a ésta. Las declaraciones que valoró el *a-quo*, tienen el universo necesario para llegar a esta conclusión.

E) La Sala no despacha favorablemente la pretensión del actor, en el sentido de que se condene al pago de perjuicios morales en favor del señor ALFONSO DORADO, compañero permanente de María Tránsito Gómez Zúñiga, porque el acervo probatorio muestra que entre ellos no existió en vida un real afecto. De los testimonios rendidos por Dario Varón Rojas y Teresa Daza de Delgado, el primero ilustra al sentenciador dentro del siguiente temperamento:

> "Preguntado por el señor Magistrado. Diga usted, si el compañero de Tránsito Gómez Zúñiga de apellido Dorado, vivía con ella al momento de su fallecimiento y a qué se dedicaba y cuánto dinero ganaba mensualmente. CONTESTO: Sinceramente, al final, yo no sé si vivía con ella. Cuando yo fuí, él estaba allí. *Lo que sí se es que él no siguió respondiendo por esa niña. Responden por ella don Tomás y el resto de hermanos* ..." (Subrayas de la Sala).

La segunda depuso dentro de la siguiente óptica:

> "Yo a él de cara no lo conozco, pero en una ocasión *me dijo ella que había sido muy irresponsable que a la fuerza le había dado el apellido. A ella le toca vivir sola y luchar para los demás hermanos*. Por lo anterios, yo creo que no vivían juntos, pues ella me dijo igualmente, que él era casado".

Lo primeramente expuesto por esta declarante encuentra respaldo en el oficio No. 514 del 17 de noviembre de 1977, suscrito por el Secretario del Juzgado Promíscuo de Familia del Círculo Judicial de Bolívar-Cauca, dirigido al Notario Público, en el cual le informa del fallo dictado en demanda que por "Filiación Natural y Alimentos" instauró la Defensoría de Menores, en representación de la menor MARIA LILIANA GOMEZ, en virtud del cual se declaró que ALFONSO DORADO ORTIZ es el padre natural de la menor MARIA LILIANA GOMEZ.

Para el *ad-quem* resulta muy difícil vivenciar el cariño que el compañero permanente tenía por la finada, cuando ni siquiera atendía a las necesidades de su hija, la que sólo vino a tener esta calidad tres (3) años después

de nacida y en virtud de decisión judicial. El reconocimiento inmediato de que habla el apoderado de la parte actora, en el escrito de sustentación del recurso, no tuvo lugar. La irresponsabilidad de que habla la declarante Sra. Teresa Daza de Delgado convence al sentenciador y le permite recordar la distinción que el Dr. Harry Emerson Fosdick ha hecho entre las obligaciones que pueden ser impuestas y las que no pueden serlo. Las primeras están reguladas por los códigos de la sociedad y la intervención vigorosa de los órganos de aplicación de la ley, Las segundas, escapan a las leyes de la sociedad y se refieren a actitudes interiores, a las verdaderas relaciones de persona a persona, a manifestaciones de cariño, aprecio y compasión que los tratados jurídicos no pueden reglamentar. Las obligaciones de ésta índole emanan de la sumisión personal a una ley interior, escrita en el corazón del hombre. Las leyes humanas deben asegurar la justicia, pero sólo una ley superior produce el amor. Por eso se recuerda 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. Los tribunales de justicia, recordaba, M. Luther King pueden obligar a proporcionar el pan del cuerpo a la familia, pero no pueden obligar a nadie a dar el pan del amor. Siendo esto cierto, la indiferencia familiar en vida no puede producir afectos post mortem para alegar con retraso que sólo la muerte produjo el amor.

Por las mismas razones que se dejan expuestas, no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en favor del Señor Alfonso Dorado. Por lo demás, tampoco hay prueba que acredita que éste dependiera económicamente de su compañera permanente ni de que esté físicamente incapacitado en forma transitoria o permanente para atender siquiera a su congrua subsistencia.

F) Se confirmará la sentencia en cuanto dispuso el pago de perjuicios materiales en favor de LILIANA DORADO GOMEZ, pero la condena se hace en concreto y se liquida conforme a las siguientes pautas:

PRIMERA: Se tomará como salario mensual de la finada María Tránsito Gómez Zúñiga, la suma de setenta mil peso ($70.000.oo) que fue la que tuvieron en cuenta los peritos y que encuentra apoyo en la prueba testimonial que se recepcionó a lo largo del proceso;

SEGUNDA: De esa suma se descuenta un cincuenta por ciento (50%) que es la que se considera que la finada dedicaba para atender a sus propias necesidades;

TERCERA: Se actualizará la condena, tal como se pidió en la demanda, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula aceptada por la jurisprudencia de la Corporación, tomando como base los I.P.C. certificados por el DANE, teniendo como índice inicial el del mes en que ocurrieron los hechos (mayo de 1985); y como índice final, Diciembre de 1991.

Para este efecto se procederá así;

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final (dic. 1991)}}{\text{Indice Inicial (mayo 25 de 1985).}}$$

Ra = Valor que se busca

R = $35.000.oo

$$Ra = \$35.000.oo \frac{211.72}{49.14}$$

Ra = $35.000.oo x 4.308506309

Ra = $150.797.72

CUARTA: La indemnización comprenderá dos períodos, así:

a) Uno vencido consolidado o causado, que transcurre desde el momento de la muerte de MARIA TRANSITO GOMEZ ZUÑIGA (Mayo 25 de 1985) y que va hasta el día 31 de diciembre de 1991, con aplicación de la siguiente fórmula:

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

donde;

S = Suma o indemnización que se busca

Ra = $35.000.oo, actualizada como se precisó en la pauta tercera,

i = Interés puro o técnico del 6% anual ó 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, es decir, 80.2.

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

$$S = \$150.797.72 \frac{(1 + 0.004867)^{80.2} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$150.797.72 \times \frac{0.476075083}{0.004867}$$

$$S = \$150.797.72 \times 97.81694751$$

$$S = \$14'750.533.54$$

b) El segundo período, o sea el futuro o anticipado, corre desde el día primero (1o.) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) y hasta el momento en que LILIANA DORADO GOMEZ cumpla los dieciocho (18) años de edad.

Se aplica la siguiente fórmula:

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

donde;

S = Valor indemnización

Ra = Renta actualizada

i = Interés del 6o/o anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno (1) y nó 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 que se liquidan, es decir, 8.46;

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

Reemplazando tenemos:

$$S = Ra \ \frac{(1 + 0.004867)^{8.46} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{8.46}}$$

$$S = Ra \ \frac{0.004193019}{0.005071074}$$

$$S = \$150.797.72 \times 8.268502885$$

$$S = \$1'246.871.38$$

Dentro de la óptica que se deja precisada, la liquidación de la condena monta: QUINCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS ($15'997.404.92).

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales primero (1o.), segundo (2o.), cuarto (4o.), quinto (5o.) sexto (6o.) y séptimo (7o.) de la sentencia calendada el día trece (13) de marzo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3o.) del mismo fallo, el cual quedará así:

TERCERO: Condénase a la Nación – Policía Nacional, a pagar a LILIANA DORADO GOMEZ, por concepto de perjuicios materiales, la suma de QUINCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS ($15'997.404.92).

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen;

CUARTO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONDENA EN ABSTRACTO–Actualización/**LIQUIDACION DE CONDENA**

La actualización de la condena no es posible efectuarla en el incidente liquidatorio y a espaldas de la sentencia que la impuso. El ajuste oficioso de la condena se ha dispuesto efectuarlo en la sentencia, más no en el auto que finaliza el incidente de liquidación. En el trámite incidental de liquidación de perjuicios no se pueden desbordar los extremos señalados en la sentencia. Lo contrario implicaría la pretermisión de normas y principios básicos de nuestra organización jurídico-procesal, entre los cuales cabe mencionar los de congruencia y la cosa juzgada. En la práctica, si se permitiera la actualización oficiosa de la condena en el incidente, se estaría así autorizando un reconocimiento superior al inicialmente pedido e impuesto en la sentencia, con protuberante desconocimiento de una decisión contenida en providencia que ya causó ejecutoria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 4009. Actor: Alberto Pradilla Bermúdez.

En escrito que corre a folios 199 a 212 del cuaderno No. 1A, el apoderado de la parte demandante oportunamente interpuso recurso de reposición contra el auto del 29 de enero de 1992, proferido por esta Sala, mediante el cual se decidió el incidente de liquidación de la condena en abstracto contenida en la sentencia del 13 de febrero de 1989.

Pretende el impugnante "obtener la MODIFICACION de la providencia censurada" y para tal efecto se refiere a los siguientes aspectos de la misma:

Con relación al artículo 178 del C.C.A., citado en el auto objeto del recurso, sostiene que "ni en razón del ámbito temporal de su vigencia, ni en razón de su ámbito material, el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, puede reputarse aplicable al punto materia del debate".

Respecto de la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno de la actualización de las condenas, afirma que aquella "no puede calificarse – ni mucho menos – de tradicional, arraigada y pacífica", porque, sostiene, que el tema de la solicitud expresa de la actualización, "apenas si vino a tener lugar en providencia del doce de abril de 1984, ...", posición que fué modificada por la misma Sección Tercera; en fallo de 8 de agosto de 1985, cuando se dijo: "La reparación no se pidió en forma actualizada. *Sin embargo, la Sala considera de equidad ordenarla así por tratarse en este caso especial de una suma de dinero a servir de medio de sostenimiento al sobreviviente".* (El subrayado lo trae el recurrente). Hace igual inferencia a la decisión de la Sala de 9 de abril de 1987 (Expediente No. 4944), cuando se sostuvo que no está "dentro de los poderes del juzgador el de variar las pretensiones formuladas en la demanda". Lo anterior conduce al impugnante a concluir que "los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado acerca del punto en estudio, lejos de ser uniformes, han sido más bien desemejantes, en veces opuestos, y, casi siempre casuísticos ...".

En desarrollo de su cuestionamiento al auto recurrido y con respaldo en doctrina y jurisprudencias extranjera y nacional afirma que "hoy nadie discute que, para ser plena, la indemnización de perjuicios debe incluir la correspondiente actualización monetaria. Las únicas ligeras variaciones que suelen presentarse entre unos y otros países, y entre distintas épocas, radican en el criterio que se acoge para determinar el índice de actualización respectivo".

Al referirse a "la oportunidad para solicitar la actualización", el memorialista se apoya en el fallo de 3 de diciembre de 1970, de esta Sección, en el cual se sostuvo que "Este (devaluación) es un factor intrínseco que debe computarse al hacer el cálculo total de la indemnización", respaldando su posición en tèxtos de los hermanos Mazeaud contenidos en su Tratado de Responsabilidad Civil. Complementa su argumentación con transcripciones de doctrinantes y jurisprudencia extranjera.

Por último, concluye el recurrente, que si se actualizara la condena, no se desconocería ningún principio procesal. "El afán de proteger unos principios y unas reglas de orden procesal – que ya se vió no estaban amenazados –, determinó que resultaran haciéndose de lado claras reglas de derecho sustantivo, y que de paso se violara la norma del artículo 228 de la constitu-

ción que establece que en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial"

Por su parte, la demandada en memorial que obra a folios 213 a 217 solicita "no acceder a la solicitud de revocación". En lo fundamental sostiene que el objeto del recurso no es determinar si el fallador puede o no oficiosamente decretar la actualización, cuando el proceso fué debidamente fallado por sentencia ejecutoriada y no enervada por el actor, sin que sobre la misma hubiese pedido su aclaración o adición. Agrega además que el trámite incidental "no es sino la manera de concretar la suma de dinero que una sentencia dispuso. Por tanto, esta debe ceñirse a lo ordenado por la sentencia y ser totalmente congruente con ella, no le es dado al Consejero en el trámite incidental proferir condenas, que sería en lo que se convertiría el reconocimiento de la actualización de la misma, violándose por encima de todo, normas constitucionales que garantizan el derecho de defensa, el debido proceso, su publicidad y en lo que no fue pedido oportunamente por parte del demandante, mi representado no podía defenderse por desconocimiento de causa". (Fl. 217).

Para resolver se considera:

Dado el cuestionamiento del recurrente por la cita que del artículo 178 del C.C.A., se hizo en el auto impugnado, cuya inaplicabilidad al *sub-judice* resulta incuestionable, por cuanto la norma fue posterior a la presentación de la demanda, resulta conveniente advertir que no era el querer de la Sala exigirle al actor que sometiera su libelo a un ordenamiento procesal inexistente. Se pretendía sencillamente resaltar la omisión demandatoria de actualización y ejemplificarla frente a la norma que hoy expresamente la consagra con base en el índice de precios al consumidor.

La Sala, luego de analizar cuidadosa y detenidamente las razones sobre las cuales se sustenta el recurso de reposición, todas ellas seriamente fundamentadas y respaldadas en doctrina y jurisprudencia nacionales y foráneas de indiscutible significación por los temas tratados y la autoría de los mismos, sin embargo, reitera que la actualización de la condena no era posible efectuarla en el incidente liquidatorio y a espaldas de la sentencia que la impuso. Este es el punto a definir en el caso examinado.

En efecto, no entra la Sala en consideraciones tendientes a determinar si la actualización puede o no decretarse de oficio, si es imperativo que el actor la reclame en su libelo inicial, o si la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno de estas materias ha sido uniforme o variable. Estos temas y otros también importantes que acompañan lo relacionado con la actualización de la condena, no serán objeto de pronunciamiento en esta oportunidad, porque, como se precisó, se trata de definir si en el incidente de liquidación se puede disponer la actualización de la condena no contemplada durante el desarrollo del proceso, ni incluida en la decisión definitiva.

Reconoce la Sala que efectivamente, contra su criterio reafirmado en los últimos años, se han producido pronunciamientos en torno a la posibilidad de que oficiosamente se actualice el monto condenatorio, tal como se citan en el escrito de impugnación. Sin embargo, en las escasas oportunidades en que así se ha manifestado la Sala, el ajuste oficiosa de la condena se ha dispuesto efectuarlo en la sentencia, más no en el auto que finaliza el incidente de liquidación.

Para la Sala resulta inobjetable que en el trámite incidental de liquidación de perjuicios no se pueden desbordar los extremos señalados en la sentencia. Lo contrario implicaría la pretermisión de normas y principios básicos de nuestra organización jurídico-procesal, entre los cuales cabe mencionar los de la congruencia y la cosa juzgada. En la práctica, si se permitiera la actualización oficiosa de la condena en el incidente, se estaría así autorizando un reconocimiento superior al inicialmente pedido e impuesto en la sentencia, con protuberante desconocimiento de una decisión contenida en providencia que ya causó ejecutoria.

Agréguese a las anteriores consideraciones que la sentencia, en los términos del artículo 309 del C. de P.C., "no es revocable, ni reformable por el Juez que la pronunció", y si bien la misma disposición autoriza dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte la aclaración y complementación de la misma, tal facultad no coloca al fallador en capacidad de variar su propia sentencia en el fondo, como lo han sostenido la Corte y esta Corporación.

Ahora bien, la parte actora conoció la sentencia y pudo observar el contenido y su proyección condenatoria, en la cual se omitió disponer la actualización, tanto en las pautas señaladas, como en la resolutiva de la misma. Era esa la oportunidad para reclamar contra la sentencia, bien mediante la solicitud de complementación, corrección o aclaración o si no ejercitando los recursos de ley. Empero, el fallo no fué cuestionado por ella en ningún sentido y, por consiguiente, quedó ejecutoriado y en tales condiciones, adquirió firmeza y se volvió definitivo e inmodificable, hasta el punto que, como se advirtió, ni el mismo fallador que decidió, ni otro diferente, pueden cambiar el contenido de la providencia.

En las condiciones relacionadas mal podría la Sala a propósito de un trámite incidental de liquidación de perjuicios, modificar las pautas y las decisiones de la sentencia condenatoria con razones y guarismos no dilucidados, ni controvertidos en el proceso, mucho menos tomados en consideración al imponer la condena. Recuérdese que el trámite de liquidación de la condena *in génere*, tan sólo tiene por finalidad cuantificar o concretar la sentencia condenatoria, mas nunca podrá variarla.

Por último, respecto de la violación del artículo 228 de la Carta Política atribuida por el recurrente a la Sala, cabe señalar que la norma constitucional

tiene aplicación y ofrece garantías para todas las partes en conflicto, por lo que las disposiciones procesales y sustanciales, se entenderán y aplicarán respetando el derecho sustancial de todas según lo acrediten procesalmente, criterio este seguido por la Sala en todas sus decisiones. Más aún, tratándose de sentencias, dado que dicha pieza procesal constituye sendos derechos sustanciales para quienes fueron parte en el respectivo proceso.

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

RESUELVE:

No se repone el auto calendado el 29 de enero de 1992, proferido en este proceso.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADICIONAL–Improcedencia/CONTRATO ADMINISTRATIVO–Prórroga/EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO–Improcedencia

La administración, para aceptar una prórroga o celebrar un contrato adicional que aumente su valor, tendrá siempre que sopesar razones de buen servicio, pero estas razones no las puede calificar sino ella. Enfrentados objetivamente los dos incumplimientos (la no aprobación total de un lado y la no ejecución completa del otro) podría pensarse en la procedencia de la *exceptio non adimpeti contractus*, institución de origen privatista, aplicable también en la contratación administrativa, que permite concluir que un contratista no está en mora (no es incumplido) cuando la otra parte no ha cumplido lo de su cargo. La mora purga la mora. A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable. No, el fenómeno que produce el efecto enervante, en el evento de *exceptio non adimpleti*, no es cualquier incumplimiento, porque éste no sólo tiene que ser determinante y de entidad o significación, sino precedente en el tiempo o por lo menos coetáneo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5857.– Contratos.– Actor: Ingeniería y Construcción Ltda.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de marzo 31 de 1989 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Declárase no probadas las excepciones propuestas.

"SEGUNDO: Declárase que el FONDO VIAL NACIONAL incumplió el contrato número 593 de 1983, celebrado con la Sociedad Ingeniería y Construcciones Limitada, cuyo objeto es la construcción de las obras necesarias para la rehabilitación del sector Rio Nechí – Puerto Valdivia de la carretera Medellín Puerto Valdivia.

"TERCERO: Condénase al FONDO VIAL NACIONAL a pagar a la Sociedad Ingeniería y Construcción Limitada la suma de $181'822.694, a título de indemnización por los perjuicios sufridos por la sociedad actora a causa del incumplimiento del contrato. Dicha suma se ajustará en la forma ordenada en la parte motiva de esta sentencia.

"CUARTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO: Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo".

Se narraron en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

"La sociedad demandante celebró un contrato de obra pública para la construcción y rehabilitación del sector Río Nechi - Puerto Valdivia, de la carretera Medellín-Puerto Valdivia. En el contrato se pactó un término de dos (2) años contados a partir del día 14 de abril de 1984, el cual venció sin que la obra se hubiera terminado debido al incumplimiento en que incurrió el FONDO VIAL NACIONAL, al no hacer las apropiaciones presupuestales necesarias. Con ocasión de esta situación irregular de incumplimiento, las partes contratantes acordaron celebrar un contrato adicional con el fin de prorrogar el término contractual hasta abril de 1987; así como el contratista fue llamado a firmar el convenio el día 11 de abril de 1986, y en esta forma se continuó con la construcción de las obras; días después, el 7 de mayo del mismo año, el contratista fué informado de la negativa del señor Ministro para firmar el contrato adicional; ante esta situación, las obras se paralizaron con los consecuentes perjuicios ocasionados al contratista, razón por la cual inició el presente proceso, en el que se pronunció sentencia de primera instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda y condenando, en consecuencia, al FONDO VIAL NACIONAL al pago de los correspondientes perjuicios".

El tribunal para tomar la decisión que se deja anotada, estimó que la entidad sí había incumplido la obligación contractual de apropiar las parti-

das correspondientes en la forma prevista en el contrato. Para el efecto se basó en el acervo probatorio, del que se destaca entre otros aspectos, la afirmación hecha por la entidad en el sentido de que ha sido necesario hacer cuatro reprogramaciones y programar el plazo, debido a las escasas apropiaciones presupuestales"; la certificación del Jefe de División de Presupuesto del Ministerio de Obras donde constan apropiaciones presupuestales por $352.890.000.00 por debajo del valor del contrato convenido en $463.522.803.07; y la constancia de que a 30 de diciembre de 1985, según el programa inicial, la inversión era de $330.995.000, y la apropiación presupuestal de $240.000.000.oo.

En torno al convenio adicional estimó el tribunal que el contratista al continuar la ejecución de las obras luego de la iniciación del trámite para la celebración de dicho convenio, lo hizo de buena fe, tal como se destaca del siguiente aparte:

> "II.– Ya se había iniciado la tramitación del convenio adicional y aún más el Interventor de la Obra había conceptuado favorablemente sobre la ampliación.
>
> "III.– La conducta de las partes, durante la ejecución del contrato, que constituye también pauta interpretativa para el fallador, demuestra que por tales razones y ante la creencia válida de que se suscribiría el convenio adicional, el contratista continuó con la ejecución de la obra.
>
> "¿Podrá afirmarse que en tales circunstancias, la conducta del contratista purgó el incumplimiento de la Administración? No lo cree así el tribunal, dadas las condiciones que rodearon la suscripción del frustrado convenio y la buena fé demostrada por el contratista que continuó con la ejecución de la obra".

Sobre los perjuicios, con base en el dictámen pericial, el tribunal estimó que el Fondo debía a la contratista la suma de $181'822:694.oo, más el reajuste teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor según la certificación que para el efecto expida el Dane.

Descontenta la parte demandada con la decisión, interpuso apelación.

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

El recurso fue oportunamente sustentado. En el escrito correspondiente el Fondo Vial Nacional solicita la revocatoria total del fallo y la condenación en costas a la parte actora (ver escrito a folios 546 y siguientes).

Por su lado, el ministerio público, en su vista de 6 de junio de 1990, estima que las pretensiones no pueden prosperar y que, en consecuencia, la sentencia apelada merece la revocatoria para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

De ese concepto fiscal que obra a folios 567 y siguientes, se destaca:

"El actor señala en la demanda como causales de incumplimiento contractual por parte del FONDO VIAL NACIONAL, la falta de apropia ciones presupuestales para pagar las obras dentro del plazo contractual, y la negativa por parte del señor Ministro de Obras Públicas para firmar el contrato adicional que ampliaría el plazo estipulado en el contrato.

"Debe destacarse que el actor no demandó por falta de pago. En los hechos de su demanda no afirma tal evento, se limita a decir "que el Fondo Vial Nacional incumplió su obligación contractual de hacer las apropiaciones presupuestales necesarias para pagar las obras dentro del plazo contractual".

"Este hecho, por sí solo, no implica incumplimiento contractual; tan sólo en la medida en que la administración no haga los pagos podría hablarse de que incumplió sus obligaciones.

"Tampoco puede afirmarse, en la forma en que lo hace el demandante, que la falta de apropiaciones necesarias, o mejor deficientes, se debe entender como un futuro incumplimiento en el pago; por una parte, porque ello es tanto como demandar por un incumplimiento futuro y eventual, es decir aceptar que el contratista pueda demandar en acción preventiva para evitar que posteriormente la administración resulte sin fondos y le perjudique al no poderle pagar la obra que va a realizar.

"Por otra parte, sería tanto como admitir, que la administración no puede realizar ninguna operación o gestión fiscal para proveer los fondos restantes.

"En el presente caso, es obvio que no se trata de falta absoluta de reserva presupuestal, pues ello implicaría una nulidad del contrato; se trata sólamente de insuficiencia de la reserva presupuestal, que es muy distinto.

"A folio 61 se encuentra la certificación expedida por el Jefe de la División de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Obras en la cual aparece la relación de los registros de reservas presupuestales realizados en desarrollo del contrato, los que ascendían a la suma de $352.890.000.oo. El valor total del contrato según lo establecido en el mismo, fué de $463'522.803.07; se demostró igualmente que el con-

tratista al solicitar la prórroga del plazo contractual, solamente había realizado el 34.5% del total de la obra, lo que indica, que la reserva presupuestal que tanto preocupaba al contratista, seguía siendo suficiente para cubrir las pocas obras que éste había realizado.

"Aunque el actor no demandó por falta de pago, se debe entender, que el Ministerio canceló en tiempo oportuno las cuentas por trabajo parciales que presentó el contratista. Por otra parte al folio 262, reposa un certificado expedido por el director de carreteras del Ministerio de Obras, en el cual se dice, que el anticipo concedido al contratista, fué invertido conforme al programa de trabajo e inversiones, lo que indica, que también el anticipo fué entregado en su debida oportunidad.

"Del dictámen pericial visible al folio 432 y siguientes se sabe, que a la fecha de expiración del plazo contractual, solamente se había realizado un 34.5% del total de la obra.

"En el expediente no existe prueba que permita establecer — como lo pretende la sociedad actora que el ritmo del trabajo de las obras debió ajustarse a las apropiaciones presupuestales. Y no es lógico creer que así fuera, pues la obligación de realizar el objeto del contrato y el compromiso de cumplir dentro de un término, fueron obligaciones incondicionales a cargo del actor, las que no tenían por qué estar sometidas a la gestión en materia de presupuesto que debió realizar la administración".

Para la sala la sentencia merece ser revocada, por las razones que se exponen a continuación:

Tal como se desprende de la demanda, la firma "Ingeniería y Construcción Ltda." pretende que el Fondo Vial Nacional le indemnice todos los perjuicios sufridos con el incumplimiento por parte de éste del contrato No. 593 de 1983.

Expone como causa petendi dos motivos de incumplimiento, causa de los perjuicios reclamados, así: a) porque el Fondo no apropió las partidas presupuestales requeridas por el contrato, en forma suficiente; y b) porque se negó a suscribir el contrato adicional, pese a que los términos de éste se habían oportunamente convenido entre las partes.

La demandada desde la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones formuladas y propuso las excepciones de "cumplimiento de las cláusulas contractuales" y de "inexistencia de la obligación de suscribir un contrato adicional en plazo".

El *a-quo,* tal como se desprende del fallo de instancia, declaró no probadas las excepciones aludidas.

Para la sala los medios de defensa esgrimidos por el Fondo no constituyen técnicamente excepciones, sino manifestaciones de oposición a los términos de la demanda. Afirmar la demandada que cumplió, cuando la actora le imputa precisamente el incumplimiento contractual, no constituye una defensa de fondo, porque quien excepciona no debe limitarse a contradecir o negar los hechos constitutivos del derecho o a rechazar simplemente las pretensiones, sino que debe afirmar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que traiga como consecuencia que la relación jurídica no produjo ningún efecto legal o todos los que pretende la parte actora.

La excepción de inexistencia de la obligación de suscribir el contrato adicional fué rechazada por el tribunal en los siguientes términos:

"2.3. La facultad que tiene la Administración para prorrogar o ampliar el plazo contractual, si bien es discrecional, no quiere decir que ella quede sujeta a su capricho.

"Se explica: Si el contrato tiene una ejecución o desarrollo normal, lo cierto es que este se terminará dentro del plazo contractual. Pero si se presentan hechos que no permiten su ejecución dentro del plazo previsto, se impone examinar si esos hechos son imputables a una de las partes contratantes.

"En el evento de que sea la entidad pública la responsable de que el contrato no se termine dentro del plazo, es claro que su facultad deber es la de otorgar la correspondiente ampliación, la facultad de otorgar esos plazos adicionales está determinada, entre otras, por la conducta contractual de las partes y si la Administración ha incumplido o ha dado lugar a que la obra no pueda entregarse dentro del plazo contractual, está en la obligación de concederle al contratista el tiempo que técnica y legalmente se requiera para cumplir el contrato.

"Claro está, que si por necesidades del servicio no es posible o conveniente conceder tal prórroga, la Administración puede acudir a la terminación unilateral del contrato – artículo 19 Decreto 222/83, pero reconociendo al contratista el valor compensatorio a que se refiere el artículo 8 de la ley 19 de 1982.

"2.4 Del acervo probatorio existente, se colige que los trámites de celebración del convenio adicional para la ampliación del plazo ya se habían iniciado y más aún que el convenio ya había sido firmado por el representante legal de la sociedad contratista y por el Secretario Técnica del Ministerio quien ya había dado aprobación al convenio mismo – véase folios 57 y 60 –.

"2.5. Es claro también que los motivos para la ampliación del plazo radicaban en el incumplimiento del Fondo Vial Nacional respecto de la

apropiación de las partidas presupuestales durante la ejecución del contrato – véase copia del proyecto de convenio

"¿Por qué entonces no se culminó con el trámite del convenio?

"2.6. Se afirma además que el contratista conocía el contrato y que este es claro en el sentido de que el convenio sólo producía efectos una vez suscrito por el Ministro de Obras y pagados los derechos fiscales pertinentes.

"Tal afirmación, que es cierta, debe recibirse con beneficio de inventario, por las siguientes razones:

"I.– Como ya se explicó, una cosa es la obligación de conceder el plazo adicional y otra muy distinta la celebración del convenio.

"Si se da la circunstancia que impone la ampliación del plazo contractual, la obligación de la administración es conceder el plazo y celebrar el convenio adicional".

La sala no comparte los planteamientos expuesto por el juzgador de primera instancia, porque la facultad que tiene la administración para prorrogar el término de un contrato o aumentar el valor del mismo, no puede ser impuesta, en principio, por los contratistas ni por el juez, ya que, por regla general, le está vedado a la jurisdicción darle inyucciones concretas a la administración e imponerle obligaciones de hacer que encuadren dentro de su autonomía funcional.

En esto la jurisprudencia ha sido reiterada y cuando en el conflicto están en juego tales obligaciones y se pone de presente que la administración las incumplió, la condena se reduce a una indemnización de perjuicios.

El manejo que el tribunal le da al punto es interesante, pero se resiente de privatismo, ya que, en el fondo, le da a la excepción de contrato no cumplido unos efectos en el tiempo que no encajan dentro del régimen de la contratación administrativa. Si siempre que la administración incumpliere tuviera que prorrogar el plazo de sus contratos, con las consecuencias que esto implicaría para su valor final, nunca terminarían éstos y nunca o casi nunca conocería el Estado cual el valor final de las obras ejecutadas.

La administración, para aceptar una prórroga o celebrar un contrato adicional que aumente su valor, tendrá siempre que sopesar razones de buen servicio, pero estas razones no las puede calificar sino ella.

El punto no es nuevo tampoco para la sala. Así en sentencia de noviembre 22 de 1991 (Providencia 6309, actor Héctor Acuña, ponente Carlos Betancur Jaramillo) expresó a ese respecto:

"Para la sala el acto impugnado no contiene decisión alguna de terminación unilateral de los contratos 506-80 y adicional.

"Mediante él, el Fondo le reitera al contratista su voluntad de no adquirir nuevos compromisos, como se lo había manifestado en el memorando MJ-43512 - de diciembre de 1983, porque "el contrato es un acuerdo libre de voluntades que genera obligación para las partes, siendo *absolutamente equivocado y contra derecho que un contrato resulte de la imposición de la voluntad de una de las partes".*

"El alcance del acto, como se ve, es inequívoco: El Fondo no accede a celebrar otro contrato adicional al No. 506-80.

"Y, como lo dice la entidad, el contrato no puede celebrarse por la imposición de la voluntad de una de las partes porque el acuerdo de voluntades que exige todo contrato debe ser libre estar exento de vicios en el consentimiento.

"Si el acto impugnado no tiene sino el alcance anotado (y no puede ser otro, bajo ninguna perspectiva) su declaratoria de nulidad no podría tener en principio otra consecuencia (teórica se entiende) que la de ordenar la celebración de dicho contrato adicional. Se dice que teórica por cuanto la jurisdicción no le puede imponer a la administración la obligación de celebrar un contrato que no quiere celebrar.

"Por eso ha dicho la jurisdicción que en tales eventos, todo se reduce a una indemnización de perjuicios".

Además, el planteamiento del tribunal parte de un supuesto: que el Fondo incumplió el contrato al no hacer las apropiaciones suficientes y que la contratista incumplió lo suyo por culpa exclusiva de aquél y por ese mismo motivo.

Dentro de esta perspectiva es comprensible su análisis, por lo menos desde el punto de vista teórico. Pero, en la práctica, no puede mantenerse, porque los autos muestran otra realidad diferente.

En primer término, porque la administración no tenía por qué celebrar el contrato adicional, aún habiendo sido suya la culpa contractual, si razones de buen servicio no justificaban su celebración. El hecho de que se hubiera iniciado su trámite no es razón suficiente para obligar a su culminación. Las aludidas razones son variables y es la administración y sólo ésta, la que debe definir qué es lo que, en definitiva, es más conveniente para la buena marcha de la administración.

Visto lo anterior, la sala formula un doble interrogante:

Incumplió la administración la obligación de hacer las apropiaciones presupuestales requeridas por el contrato No. 593 de 1983?

Ese incumplimiento fue la causa única y determinante para que la contratista sólo pudiera ejecutar dentro del plazo contractual el 34.5o/o del total de las obras convenidas?

Se habla de este doble interrogante porque las preguntas formuladas no pueden resolverse aisladamente, ya que las respuestas serían obvias, así: La administración no apropió dentro del término pactado para la ejecución del contrato, 24 meses contados desde la suscripción del acta de iniciación de las obras el día 13 de junio de 1984 (ver acta a folio 42 del C. No. 1), la totalidad del valor del contrato o sea $463.522.803.07 (ver cláusula 4a. a folio 11 del mismo cuaderno).

Muestran los documentos que reposan en el expediente que desde el 30 de diciembre de 1983 al 24 de febrero de 1986 el contrato tuvo los registros presupuestales Nos. 659, 218, 050, 327 y 115 por una suma de $352.890.000.oo; o sea el 76.13o/o del indicado valor del contrato.

Como se observa, de la apropiación total convenida quedaron fuera $110.632.803.07; es decir, el 23.87o/o de esa cuantía.

Muestran las reflexiones precedentes que mientras la administración efectuó apropiación por el 76.13o/o del valor convenido, entre el 30 de diciembre de 1983 y el 24 de febrero de 1986, la contratista ejecutó obras dentro del plazo contractual de 24 meses, equivalente a un 34.5o/o.

Como se expresó atrás, la respuesta al primer interrogante permite afirmar, de entrada, que la apropiación no fué completa. Pero no puede ser ésta la conclusión para definir el incumplimiento, porque el proceso permite otra bien diferente.

Si las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales no fueran interdependientes y si el cumplimiento de una parte no estuviera, en principio, condicionado por el cumplimiento de la otra, habría que concluir que el Fondo Vial incumplió lo convenido en el contrato y que debe indemnizar a la sociedad actora.

Pero, se desprende del expediente que realmente la sociedad demandante cumplió lo de su cargo? En caso de ser negativa la respuesta, ese incumplimiento le era imputable o se debió única y exclusivamente al incumplimiento del Fondo al no apropiar éste la totalidad del valor del contrato?

Aquí también la primera pregunta tiene una respuesta negativa. Es una respuesta objetiva porque la misma parte demandante en sus escritos (la de-

manda, sus alegatos y sus oficios) acepta que sólo ejecutó el 34.5°/o de la obra convenida.

Enfrentados objetivamente los dos incumplimientos (la no apropiación total de un lado y la no ejecución completa del otro) podría pensarse en la procedencia de la *exceptio non adim pleti contractus,* institución de origen privatista, aplicable también en la contratación administrativa que permite concluir que un contratista no está en mora (no es incumplido) cuando la otra parte no ha cumplido lo de su cargo. La mora purga la mora, dicen la doctrina y la jurisprudencia en tales eventos.

Pero, el incumplimiento de la administración fué la causa del incumplimiento de la contratista?

En otras palabras, sólo porque el Fondo no apropió la totalidad del valor del contrato, no pudo cumplir la contratista?

Para la sala esa relación causal no aparece por parte alguna y su alegación por la demandante no es más que un sofisma de distracción, como pasa a explicarse:

a) El Fondo le pagó a la contratista toda la obra ejecutada. Por lo menos no existe como lo afirma la fiscalía, reclamo alguno a ese respecto. Y no es concebible que si la administración hubiera sido deudora por obra ejecutada, la demandante no hubiera alegado ese incumplimiento.

b) El Fondo mantuvo, durante el término de ejecución del contrato, apropiación suficiente no sólo para pagar lo realmente ejecutado, sino que tenía respaldo para mucho más, o sea para el 76.13°/o. Recuérdese, como se dijo atrás, que cuando la administración tenía apropiación por $352.890.000, la contratista dentro del plazo contractual había ejecutado únicamente el 34.5°/o.

c) Es especioso el argumento expuesto por la contratista, en el sentido de que como se había apropiado la totalidad del valor del contrato, tuvo que reprogramar las obras y disminuir el ritmo de trabajo, porque el Fondo, en el futuro, le iba a incumplir.

Curiosa forma de manejar un contrato de obra pública. Curiosidad que permite preguntar, entonces, quién autorizó esa reprogramación que implicaba una modificación del contrato y por qué no ejecutó por lo menos hasta el tope del valor de lo apropiado? Si lo hubiera hecho así la demanda tendría por lo menos cierta seriedad en su presentación. Pero a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra párte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.

No, el fenómeno que produce el efecto enervante, en el evento de *exceptio non adempleti,* no es cualquier incumplimiento, porque éste no sólo tiene que ser determinante y de entidad o significación, sino precedente en el tiempo o por lo menos coetáneo.

Habría tenido visos de seriedad la pretensión de incumplimiento si la administración no le hubiera pagado a la contratista lo ejecutado, por carencia de apropiación o porque ésta hubiera sido insuficiente para cubrir los pagos sobre obra ejecutada, pero nada de esto sucedió aquí, como se explicó atrás. El Fondo pagó y esos pagos fueron inferiores a la apropiación cumplida.

Cuando la contratista alega que tuvo que reprogramar el plan de ejecución original, en razón de la insuficiencia de la apropiación, está confesando su propio incumplimiento y está dando una débil justificación, desvirtuada dentro del expediente; justificación que, como lo destaca la señora fiscal, da a entender que no cumplió porque el Fondo en el futuro le iba a incumplir y como si éste no pudiera ejecutar ninguna operación presupuestal que le permitiera hacerlo.

Cómo sabía la contratista que el Fondo le iba a incumplir en el futuro, máxime cuando venía cumpliendo regularmente? Esta no es más que una apreciación ligera y sin respaldo y como si la administración no pudiera dentro de su manejo presupuestal, efectuar operaciones para el cumplimiento de las obligaciones contraidas.

Se afirma que tanto el interventor de la obra como el director de carreteras del ministerio se mostraron partidarios de la prórroga del contrato, porque, por culpa del Fondo, no existían las apropiaciones suficientes y porque por esa misma razón debió reprogramarse la ejecución de las obras a un ritmo menor y acorde con lo apropiado presupuestalmente (ver documentos a folios 48 y 60 del cuaderno principal).

La sala estima que esto merece una reflexión adicional, que le quita mérito probatorio a los mencionados documentos. Efectivamente el dicho de estos funcionarios ni siquiera puede tomarse como una confesión (la administración no puede confesar ni espontáneamente ni por interrogatorio de parte, artículo 199 del C. de P.C.) y menos podían ellos autorizar una reprogramación diferente para ejecutar un menor volumen de obra, porque esto implicaba la modificación del contrato y de hecho una prórroga del término contractual, por fuera de la competencia funcional de los mismos.

Para la sala el desfase del tribunal estuvo en la evaluación del acervo probatorio, ya que le asignó valor demostrativo definitorio a la correspondencia que la demandante le dirigió al Fondo. Al hacerlo olvidó que en el derecho colombiano ninguna parte, en principio, tiene el privilegio que se le

tengan por ciertas sus propias afirmaciones y que las partes tienen la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el derecho pretendido.

Como prueba de lo precedente, obsérvese la aceptación que el *a-quo* le dió, sin mayor análisis, a los oficios enviados por la contratista el 24 de octubre de 1985 (a folio 46 cuaderno principal), 23 de enero de 1986 (a folio 48), 26 de febrero del mismo año (a folio 49), 14 de mayo (a folio 53) y que le sirvieron de base para aceptar el incumplimiento alegado.

Sobre el valor probatorio de la correspondencia que envían los contratistas a la administración, la sala reitera el pensamiento expuesto en la sentencia de 6 de febrero de 1992 (Proceso 6030), de la cual fué ponente el señor Consejero Uribe Acosta. Allí, se dijo:

> "El actor tenía la carga de la prueba, y, por lo mismo, ha debido demostrar a qué personas en concreto le pagó los salarios y prestaciones sociales, a quien le pagó intereses y honorarios profesionales, con quién consiguió dinero a interés, etc. etc. El demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio. *La simple correspondencia cursada por él no tiene el universo indispensable para dictar sentencia de condena, pues como bien lo recuerda Eduardo J. Couture,* ". . . la ley crea al litigante la situación embarazosa de *NO CREER SUS AFIRMACIONES*, en caso de no ser probadas ... La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravámen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir". (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 242).
>
> "La Sala observa que, con inusitada frecuencia, los profesionales del derecho pretenden probar los hechos que estructuran la *causa petendi* aportando simplemente la numerosa correspondencia que el demandante le dirigió al demandado, lo cual resulta insuficiente. Así, en el caso en comento, es incuestionable que en las notas calendadas los días 5 de febrero de 1985 (C. 1 Fol. 7); marzo 12 de 1985 (C. 1 Fol. 15); marzo 13 de 1985 (C. 1 Fol. 17); abril 2 de 1985 (C. 1 Fol. 26); mayo 15 de 1985 (C. 1, Fol. 30); mayo 14 de 1985 (C. 1 Fol. 33); mayo 30 de 1985 (C. 1, Fol. 35); mayo 7 de 1985 (C. 1 Fol. 37 y mayo 5 de 1986 (C. 1 Fol. 174), se concretaron por el actor reclamaciones, y se hicieron

observaciones de fondo que, de haber sido probadas, habrían permitido al sentenciador hacer la valoración jurídica correspondiente para definir si se condenaba o no. Llenar los expedientes de correspondencia unilateral no es probar, pues si lo fuera, bastaría dar por acreditado todos los hechos que el actor enlista en la demanda, lo cual no es de recibo, por las razones que en antes se expusieron".

Por lo expuesto y en un todo de acuerdo con el serio y concienzudo estudio hecho por la fiscalía segunda de la corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de marzo 31 de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO/FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/FUERZA MAYOR–Improcedencia/**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**–Régimen aplicable

El transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo se requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en los que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fué imposible tomarlas. Se consagró así la presunción de culpa del transportador aéreo y se le impidió alegar a su favor la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad. Si se maneja la situación bajo la óptica del transporte benévolo o gratuito, bien podían reclamar los actores la responsabilidad extracontractual de la demandada mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, con el respaldo complementario de las disposiciones del Código de Comercio. En nada puede afectar a la acción ejercitada el que se complemente la estructura normativa constitucional inherente a la responsabilidad extracontractual del Estado, con las disposiciones especiales de un código.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6798. Actor Mercedes León de Parada y Otros.

Conoce la Sala en grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 30 de abril de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

PRIMERO.– Declárase a la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-FUERZA AEREA COLOMBIANA-administrativamente responsable de los perjuicios causados a MERCEDES LEON DE PARADA, TERESA PARADA DE ALFONSO, DORIS PARADA LEON, GUSTAVO PARADA LEON y NOEL PARADA LEON, como consecuencia de la muerte de Odilia Parada León en el accidente aéreo del avión DC-6 FAC 902 ocurrido en las horas de la tarde del día 24 de julio de 1985 en jurisdicción de Leticia, Comisaría del Amazonas.

"SEGUNDO.– Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-FUERZA AEREA COLOMBIANA- a pagar como indemnización por perjuicios morales subjetivos, a favor de las personas que a continuación se relacionan, las sumas equivalentes en gramos oro, así:

"MERCEDES LEON DE PARADA, un mil (1.000) gramos oro puro;

"MARIA TERESA PARADA DE ALFONSO, quinientos (500) gramos oro puro;

"DORIS PARADA LEON, quinientos (500) gramos oro puro;

"GUSTAVO PARADA LEON, quinientos (500) gramos oro puro;

"NOEL PARADA LEON, quinientos gramos (500) oro puro.

"Para efectos del pago se tomará el valor del gramo de oro fino que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"TERCERO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"CUARTO.– A la anterior sentencia de le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"QUINTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado". (Fols. 205 - 206).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones

El 8 de abril de 1987, por conducto de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Mercedes León de Parada, Teresa Parada de Alfonso, Doris, Gustavo y Noel Parada León en ejercicio de la denominada acción de reparación directa y cumplimiento, formularon demanda contra la Nación–Ministerio de Defensa Nacional–Fuerza Aérea Colombiana–Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.– Que se declare que la Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, Departamento Administrativo de Aeronática Civil) es administrativamente responsable de todos los perjuicios causados a mis mandantes por razón de la muerte de que fué víctima la señorita Odilia Parada León, quien falleció el día 24 de Julio de 1985 a bordo del avión 902 de la Fuerza Aérea Colombiana, cuando cubría la ruta Leticia–Bogotá.

"SEGUNDA: Que se condene a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil), a pagar dentro del plazo señalado en el artículo 176 del C.C.A. a cada uno de los demandantes de las siguientes cantidades de oro puro según certificación que dé el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia:

"1. Para Mercedes León de Parada, mil gramos.

"2. Para María Teresa Parada de Alfonso, Noel, Gustavo y Doris Parada León quinientos gramos de oro puro para cada uno de ellos.

"TERCERA: Que se condene a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, Departamentos Administrativo de Aeronáutica Civil), a pagar dentro del plazo señalado en el artículo 176 del C.C.A. a favor de Doris Parada León, la suma de diecinueve mil doscientos veinte pesos ($19.220) más los intereses moratorios desde el día 28 de Julio de 1985 hasta que se verifique el pago.

"CUARTA: La Nación (Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil), dará cumplimiento a la sentencia que se profiera dentro del plazo señalado en el artículo 176 del C.C.A. y pagará intereses según lo prescrito en el artículo 175-5 ibídem". (Fols. 3 a 5).

2. Los hechos

Aparecen relacionados ampliamente en 28 numerales que se encuentran a folios 5 a 9 del expediente principal, los cuales fueron sintetizados por el *a-quo* así:

"a.– Odilia Parada León era hija legítima de Alberto Parada y Mercedes León y hermana legítima de Noel, Gustavo y Doris Parada León y de María Teresa Parada de Alfonso.

"b.– A fines del mes de julio de 1985, varias empresas de transporte aéreo, fundamentalmente la empresa de Avianca, se vieron afectadas por una huelga de sus trabajadores y el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1994 de 22 de julio de 1985, en virtud del cual se dispuso que mientras subsistiera la situación de anormalidad en el transporte aéreo comercial, el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Fuerza Aérea Colombiana, prestaría, con su personal, aeronaves y equipos, el servicio en todo el territorio nacional.

"c.– El 19 de julio de 1985 el D.A.A.C., de acuerdo con Satena y la Fuerza Aérea, elaboraron un plan de emergencia a fin de neutralizar los efectos de la huelga de los empleados de Avianca.

"d.– La huelga de empleado y pilotos de Avianca fue decretada y el 24 de julio de 1985 el avión DC–6 con matrícula FAC–902 salió a cumplir la misión 88, con hora de decolaje 10:00 del Aeropuerto Eldorado – Apiay–Leticia–Eldorado.

"La tripulación estaba integrada, entre otros, por el Teniente Coronel Walter Baer, Piloto y el Capitán Alvaro Díaz, Copiloto, empleados públicos, vinculados al D.A.A.C.

"e.– El avión había llegado al país de la ciudad de Miami con destino a Barranquilla, de donde despegó el 24 de abril de 1980 con destino a los Estados Unidos. Luego de seis horas y treinta y ocho minutos de vuelo, el avión regresó a la ciudad de Barranquilla, porque según dijeron los pilotos, tenía dos motores en mal estado de funcionamiento.

"Como las explicaciones dadas tanto por los pilotos, como por la tripulación no fueron convincentes y se comprobaron irregularidades en el plan de vuelo, el Gobernador del Departamento del Atlántico, según resolución No. 265 de 1980, dispuso el decomiso de la aeronave DC–6, matrícula americana N–120–AC, a favor de la Fuerza Aérea Colombiana, convirtiéndose en el DC–6–902 de la Fuerza Aérea Colombiana.

"f.– El avión en mención, según lo expuesto en la letra d.– anterior, decoló de Leticia con destino a Bogotá, con 74 pasajeros a bordo y

entre ellos, la señorita Odilia Parada León, hija y hermana de los demandantes, quien residía en Leticia.

"A los pocos minutos de vuelo el operador de la torre de control de Leticia, señor Hernán Espejo Baos, recibió informe del Coronel Walter Baer comunicándole que regresaba a Leticia porque el avión tenía fuego en el motor No. 3 e inmediatamente se perdió todo contacto con la nave, pero el señor Espejo Baos vio una columna de humo negro que fue sobrevolada por una avioneta del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías obteniéndose informe de ratificación del accidente.

"g.– Hubo una falla en el servicio público de transporte por parte de la Nación, pues el avión era de su propiedad, siendo conducido por agentes suyos y bajo responsabilidad de la primera.

"h.– El incumplimiento de la obligación de transportar sana y salva a su destino a la señorita Parada León, ha causado graves perjuicios materiales y morales a su madre y hermanos, siendo una de sus hermanas Doris Parada, quien sufragó los gastos de entierro de la víctima". (Fols. 193 a 195).

3. Actuación Procesal

Notificados oportunamente el Ministro de Defensa Nacional y el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil del auto admisorio de la demanda, ésta última entidad solicitó practicar algunas pruebas, las cuales, luego de evacuarse junto con las pedidas por la parte actora, dieron lugar a los alegatos de conclusión, en los que la demandante reitera los planteamientos del libelo inicial y la apoderada de D.A.A.C., argumenta, con razón, que este departamento ninguna injerencia tuvo ni en la orden de vuelo, ni en relación con el piloto del avión accidentado, pues a pesar de ser un funcionario del mismo, en el momento del accidente actuaba por órdenes del Comando de la FAC. El Fiscal Sexto del Tribunal conceptuó en forma favorable a las pretensiones de la demanda.

4. La sentencia consultada

En providencia visible a folios 192 a 207 del expediente principal, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, encontró acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa por falla en servicio y en consecuencia determinó la responsabilidad del ente demandado –Nación–Ministerio de Defensa Nacional y excluyó de toda responsabilidad al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Igualmente condenó al pago de perjuicios morales para la progenitora y los hermanos de la víctima. Con respecto a la motivación de la providencia, la Sala a continuación hace algunas observaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo que se consulta deberá confirmarse. Sin embargo, dadas las consideraciones en él consignadas y las observaciones expuestas por el Fiscal Décimo de la Corporación y el apoderado de la parte actora, con respecto a la aplicación de las normas del Código de Comercio al caso examinado, resulta de conveniencia que previamente se hagan algunas precisiones sobre el particular.

Se afirma en la providencia consultada que los fundamentos de derecho en que se apoya la demanda "responden a instituciones jurídicas bien distintas, como son la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. De la primera hacen parte las normas del C. de Co. aducidas, como reguladoras que son del contrato de transporte y de la segunda, las disposiciones constitucionales invocadas y sobre las que se ha estructurado doctrinaria y jurisprudencialmente la responsabilidad de la Administración por falla del servicio.

"Entiende la Sala, de la interpretación en conjunto del libelo de demanda, que la responsabilidad cuya declaratoria se pretende no encuentra su fundamento en el contrato de transporte en razón, de una parte, a que los actores dicen ejercitar la acción extra contractual y de otra, a que en el evento *sub-judice* no existe relación contractual alguna de la que derive el incumplimiento de la obligación que origina la respectiva responsabilidad y la consecuencial indemnización del perjuicio o perjuicios causados". (Fol. 203).

Advierte la Sala cómo en materia de responsabilidad originada en accidentes aéreos ha sido difícil la tarea de los jueces a causa de las deficientes normatividades sobre el tema, derivadas a su vez, de la antigüedad de los ordenamientos frente a la modernización del transporte y muy especialmente de la navegación aeronáutica, en cuya explotación comercial Colombia se presenta como pionera de la misma en el continente. Fueron pues, estatutos primarios sobre este tema, la ley orgánica sobre aviación civil, sancionada por la ley 89 de 1938, concordante con los principios consagrados en las Convenciones de París (1919), Madrid (1926) y La Habana (1928) y fundamentada además en otras legislaciones para entonces más actualizadas. Regían también un Manual de Reglamentos Aeronáuticos, elaborado con fundamento en las normas aludidas, el Decreto 2669 de 1947 y se complementaba con los conceptos jurisprudenciales que sobre la materia había expresado la Corte.

Este reducido apoyo legislativo sobre navegación aérea se modificó a partir del 1o. de enero de 1972, cuando se inició la vigencia del decreto 410 de 1971, mediante el cual se expidió el Código de Comercio que actualmente rige, estatuto que trata en la Segunda Parte, del Libro Quinto, lo relacionado con la navegación y el transporte aéreos. Fue por virtud de este ordenamien-

to como nuestra legislación se acomodó y actualizó frente al derecho aeronáutico moderno, se introdujeron principios legislativos contrarios, algunas veces, a la misma jurisprudencia de la Corte que se venía aplicando y orientados por los consagrados en protocolos internacionales aceptados por Colombia. Desde luego, este avance en la normatividad del transporte aéreo pronto originó modificaciones en la jurisprudencia de la Corte, acorde con la nueva estructura legal de este asunto.

Se recuerdan, entre otros, los casos decididos con ocasión de la tragedia aérea de Santa Ana, el 24 de julio de 1938; el caso Marshall y Zúñiga a raíz del accidente de un avión de SCADTA el 10 de marzo de 1934; el de un avión de Avianca, el 10 de octubre de 1939 y el accidente de Málaga en Santander; de una avioneta perteneciente a la empresa "Taxi Aéreo Sabanero" (FASS Ltda.), el 9 de noviembre de 1968. En torno de los tres primeros insucesos se desarrolló la jurisprudencia civil de la Corte sobre la materia y al conocer del último se modificaron criterios y conceptos hasta entonces de hondo arraigo doctrinario y jurisprudencial.

Procuraba la doctrina antecedente al actual C. de Co., establecer una línea equitativa de responsabilidad, con miras a lograr que no siempre se culpara a las empresas por los accidentes de sus aviones, pero que igualmente aquellas no eludieron sus obligaciones indemnizatorias, ni el pasajero quedará sin defensa de sus derechos. Se configuraron entonces entre otros, los siguientes presupuestos doctrinales: de una parte, el transporte aéreo que ejecutarán las empresas organizadas constituía un servicio público; de otra, la responsabilidad del transportador preferencialmente debía nacer del contrato de transporte y, por último, en vista de los peligros imprevistos de la navegación aérea cuya responsabilidad no podía asumir el transportador porque no había norma que así lo determinara, le correspondía al pasajero la asunción de tales riesgos, siempre que los mismos no tuvieran origen en fallas o deficiencias de la nave, equipos, tripulación etc. En tales condiciones, la responsabilidad del transportador aéreo era de prudencia y diligencia; se liberaba si probaba la ausencia de culpa, es decir, su diligencia y cuidado, sin que estuviera obligado a demostrar como causal exonerativa de responsabilidad, la ocurrencia de la fuerza mayor o que el daño se había producido por culpa exclusiva de la víctima. Este criterio, originado como se anotó, en los llamados riesgos del aire, comenzó a perder vigencia e importancia frente a los avances tecnológicos de la aviación y de las ciencias relacionadas con la misma, que rápidamente fueron allanando los riesgos e incertidumbres del tráfico aeronáutico y permitieron entonces predecir, prevenir y afrontar con las máximas seguridades los aludidos riesgos del aire, hasta el punto de hacerse imposible proseguir sosteniendo que el transportista aéreo solo asume obligación de medio y nó de resultado, ni mucho menos, continuar con la tesis de que los riesgos del traslado aéreo eran de cargo del usuario. En estas condiciones se llegó a la actual posición legislativa y jurisprudencial, derivadas de los artículos 1003 y 1880 del estatuto comercial, según los cuales el

transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo se requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en los que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fué imposible tomarlas y, de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de éste no agravada por hechos atribuibles al transportador, según lo consagra el artículo 1003 del citado ordenamiento. Se consagró así la presunción de culpa del transportador aéreo y se le impidió alegar a su favor la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad, por cuanto el artículo 1880 del C. de Co., al consagrar las causales de exoneración del artículo 1003 ibídem, expresamente omitió relacionar la fuerza mayor.

Ahora bien, sin desconocer que en el caso bajo estudio no se dió en forma expresa un contrato remunerado de transporte entre el Estado y los pasajeros del vuelo accidentado, porque dicha relación se había constituído con la empresa o empresas aéreas comerciales que se encontraban laboralmente inactivas, en tales condiciones bien podría estudiarse el asunto bajo el enfoque de un transporte benévolo o gratuito no necesariamente enmarcado en el plano contractual, pues conforme lo establece el artículo 995 del Código de Comercio, "el transporte benévolo o gratuito no se tendrá como contrato mercantil sino cuando sea accesorio de un acto de comercio", accesoriedad que no se presenta en el *sub-judice*. donde lo que ciertamente se dio fue la prestación por parte de la Fuerza Aérea Colombiana de un servicio público de transporte legalmente establecido.

Conforme a lo anterior y si se maneja la situación bajo la óptica del transporte benévolo o gratuito, porque, se repite, entre el transportador y la pasajera fallecida no se dió ningún contrato de transporte, bien podían reclamar los actores la responsabilidad extracontractual de la demandada mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, con el respaldo complementario de las disposiciones del Código de Comercio. Agréguese a lo anterior que el artículo 1006 del mismo estatuto autoriza el ejercicio de la acción contractual y la extracontractual en forma separada o contínua, condicionando tal ejercicio a que no se acumulen dichas acciones en un mismo proceso.

En este orden de ideas la Sala no encuentra los antagonismos y contradicciones que observa el *a-quo* entre el régimen de responsabilidad extracontractual preferido por la parte actora y la normatividad mercantil relacionada como sustento legal de la demanda. En nada puede afectar a la acción ejercitada el que se complemente la estructura normativa constitucional inherente a la responsabilidad extracontractual del Estado, con las disposiciones especiales de un código que, como antes se refirió, condensa la mejor experiencia, doctrina y actualización jurídica posibles en materia de legislación aero-

náutica. Distinta sería la situación si las normas mercantiles modificarán el sistema de la responsabilidad administrativa y patrimonial estatales, o si contrariarán los preceptos constitucionales citados, modificación y contradicción que en ningún momento se presentan por cuanto la parte actora se acoge al régimen de la responsabilidad extracontractual, en torno de ella ejercita la acción de reparación directa y sobre la misma se fundamenta el fallo que es objeto de consulta.

Ahora bien, el Fiscal Décimo de la Corporación solicita revocar la sentencia en consulta y consecuencialmente denegar las súplicas de la demanda, en razón a que, según su concepto, en el caso examinado se dio el fenómeno exonerativo de la fuerza mayor y por tratarse de una actividad peligrosa el pasajero asume los riesgos del aire.

Estima la Sala que no tiene razón el agente del Ministerio Público, pues, como se anotó, si no hay contrasentido legal en orientar sustancialmente el estudio del *sub-lite* al amparo de las normas del Código de Comercio que regulan el transporte aéreo, paralela y conjuntamente con las normas y principios de la responsabilidad administrativa extracontractual, cabe aplicar entonces el artículo 1880 del Código Mercantíl, en concordancia con el 1003 del mismo estatuto, para concluír que en este caso no habría lugar a reconocer la existencia de una fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad, la cual, por lo demás, no se encuentra debidamente acreditada en el proceso.

En lo demás, la Sala comparte en su integridad los razonamientos del Tribunal, en cuanto a la legitimación de los demandantes para reclamar el reconocimiento indemnizatorio, pues de las documentales de folios 18 a 24 se infiere que la víctima era hija de Mercedes León de Parada y hermana de Doris, María Teresa, Gustavo y José Noel Parada León.

Con respecto a los elementos estructurales de la responsabilidad, como son la falla en el servicio, por ausencia del mismo, ineficacia o irregularidades en su prestación; el daño y la relación causal entre aquella y el perjuicio, cuya existencia con fundamento en las distintas pruebas aportadas encontró el Tribunal debidamente comprobada, considera la Sala que fue acertada la decisión objeto de consulta. En efecto, a esta conclusión se arriba por cuanto del caudal probatorio consignado en el diligenciamiento administrativo se infiere que el avión FAC–902, en cumplimiento y desarrollo del Decreto 1994 del 22 de julio de 1985, prestaba un servicio público de transporte aéreo gratuito, y precisamente el 24 de julio de ese año despegó del aeropuerto Vásquez Cobo de Leticia a las 4:47 de la tarde, reportando a los pocos minutos del decolaje fallas técnicas–fuego de uno de los motores–, circunstancia que obligó su regreso al aeropuerto según lo informó el piloto a la torre de control. El aterrizaje desafortunadamente no se pudo efectuar porque la aeronave se accidentó y fallecieron todos sus ocupantes, entre

los cuales, según la Relación de Cadáveres elaborada por el Alcalde de Leticia, figuraba Odilia Parada León. En autos obra además el certificado de defunción expedido por el Notario Unico del Círculo de Leticia. (Fol. 18 C. 1). En el caso de estudio no se presentó causal alguna eximente de responsabilidad y, en cambio, por la naturaleza riesgosa del transporte hay lugar a presumir la culpa, como constitutiva de la falla del servicio.

A consecuencia del hecho dañoso resultaron efectuados los demandantes, es decir, que los perjuicios por éstos reclamados mantienen una relación de causalidad con la falla del servicio, integrándose en esa forma los tres elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración.

En relación con los perjuicios de orden moral reconocidos en la sentencia de primer grado a la progenitora y hermanos de la occisa, no puede hacer la Sala ningún reparo porque como bien se expresó allí, "de las declaraciones testimoniales recepcionadas en el proceso (Fols. 101 a 105 C. Principal) se desprende que los vínculos de afecto existentes entre la víctima, la madre y los hermanos de la primera eran sólidos y estrechos, razones suficientes para que la Sala concluya que la muerte de Odilia Parada León hubo de afectar emocional y sentimentalmente a los demandantes y, en consecuencia, acceda a condenar al pago de perjuicios morales subjetivos, en cuantía de 1.000 gramos de oro fino para la madre y 500 gramos de oro fino para cada uno de los hermanos...". La Sala también encuentra acertada la negativa a reconocer perjuicios de orden material por concepto de servicios funerarios (Fol. 25), ante la ausencia de reconocimiento del documento respectivo proveniente de un tercero. (Artículos 252, 277 y 279 del C. de P.C.).

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, la de 30 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE/RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ACTO PRECONTRACTUAL

El proyectado contrato de permuta no se podía celebrar porque el inmueble que pretendían los demandantes, había salido del patrimonio municipal desde 1976; sin embargo, no hay duda de que se desarrolló un procedimiento tendiente a la celebración del contrato, el cual –como toda actuación administrativa– debe estar presidido por el principio de la buena fe hoy consagrado positivamente en el artículo 83 de la Constitución Política; su quebranto genera responsabilidad patrimonial a cargo del Estado cuando ha ocasionado perjuicios al particular vinculado en la relación precontractual.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 4108. Actor: Alfredo Molina Lince.

Hechos todos los esfuerzos por reconstruir el expediente, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por los demandantes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia el 8 de abril de 1983, por medio de la cual decidió declararse inhibido "para hacer un pronunciamiento de mérito en la presente causa".

ANTECEDENTES PROCESALES

1.– El 29 de septiembre de 1978, ALFREDO MOLINA LINCE y CLEMENTINA MOLINA DE MOLINA, por medio de apoderado judicial acudieron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia y formularon las pretensiones siguientes:

"1) Que se condene al Municipio de Medellín, a indemnizar la totalidad de los perjuicios de orden económico que le ocasionaron al señor Dr. Alfredo Molina Lince y a su esposa Clementina Molina de Molina, al negarse a firmar el Alcalde de Medellín, un contrato de permuta celebrado con mis mandantes, sobre un inmueble de su propiedad, localizado en la ciudad de Medellín, en el Barrio el Salvador en la Urbanización San Diego, entre las calles 33A y 34 cuya cabida es de 14.623.06 M2, ocasionándoles con tal proceder perjuicios por actuaciones y omisiones que deberán indemnizar de conformidad con la estimación que de los mismos hicieron los peritos en el dictamen que habrá de sucederse en el proceso, y de no aceptarse el peritazgo, que se condene a la entidad de derecho público demandada en abstracto de conformidad con lo dispuesto en el art. 307 del C. de P. C.

"2) Que dentro de la indemnización que deberá reconocerse a los demandantes, igualmente se incluyan los perjuicios ocasionados por la congelación del inmueble, al no permitir su venta, ni transacción (sic) comercial alguna con respecto a este, por requerir del inmueble el Municipio de Medellín para los fines previstos en el acuerdo No. 92 de 1959, que congeló el inmueble para convertirlo en zona verde de la ciudad, ocasionándoles con este proceder perjuicios que igualmente deberán ser estimados por los peritos.

"3) Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el art. 121 del C.C.A.". (Fl. 14 C.I.).

Como causa de las mismas narraron estos hechos:

"El Dr. Alfredo Molina Lince y su señora Clementina Molina de Molina, adquirieron un inmueble por permuta celebrada con el Dr. Antonio Vieco Sánchez, por escritura pública No. 1731 del 12 de septiembre de 1975, otorgada ante el Notario Séptimo del Circuito de Medellín. Sinembargo con anterioridad a esta venta los demandantes eran dueños del mismo inmueble en un (cincuenta y nueve con cincuenta y cinco por ciento 59%o con 55%o), por adjudicación que le fue hecha en la liquidación a la Compañía de 'Obras Urbanas Ltda.", sucedida por escritura pública No. 829 del 30 de abril de 1974, otorgada en la Notaría Séptima de este circuito, sociedad de la cual a su vez eran accionistas mis poderdantes.

"b) El Concejo de Medellín, por acuerdo No. 92 de 1959, ordenó la congelación de la zona donde estaba ubicado el lote de terreno de los demandantes, para destinarlo a zona verde o parque, no obstante que la congelación se remonta muchos años atrás, los representantes del Municipio no se preocuparon por adquirir los terrenos para dar cumplimiento a la destinación específica que se le había asignado por el H. Concejo de Medellín, demora que como es natural les ocasionó perjuicios considerables a los propietarios de los inmuebles congelados, perjuicio que es mayor, en la actividad económica específica de mis poderdantes, quienes actuaban como urbanizadores, adquiriendo predios para urbanizar y luego en forma rápida venderlos para recuperar la inversión.

"c) Con gran sentido de equidad la Ley 1a. de 1943, dispuso que las propiedades requeridas por los Municipios que hubieran sido declaradas de utilidad pública, transcurridos 2 años de haberse sucedido, 'podrían ser edificadas y reconstruidas, reformadas o enagenados (sic), libremente sin las restrinciones (sic) que rigen para ello'. La congelación indefinida acarrea perjuicios económicos de todo orden, al obligar al inversionista en propiedad raíz a permanecer inactivo económicamente, esperando que las autoridades municipales deseen adquirir en condiciones ventajosas los inmuebles de que requieren, debido a que el único comprador en esos casos es el Municipio, los que en muchas ocasiones permanecen inactivos por muchos años, debido a la imprevisión en los proyectos que no están en capacidad de desarrollar, con perjuicio de los propietarios de los inmuebles congelados, que tienen que esperar hasta que las autoridades del Municipio ejerciten a su arbitrio el derecho de comprar.

"d) Inicialmente la sociedad compañía de 'Obras Urbanas Ltda.', propietaria del inmueble obtuvo de Planeación Municipal en el año de 1967, la aprobación de un plano que contiene un proyecto de urbanización propia para viviendas de tipo clase media obrera industrial, proyecto que posteriormente pretendió hacer aprobar y actualizar el Dr. Alfredo Molina Lince, para lo cual celebró un contrato con la firma 'INCOAS', la que inició las gestiones conducentes a la nueva aprobación de los planos con resultado negativo, al informársele por oficio No. 097939 de 1976 de la Oficina de Planeación Municipal, que estos terrenos estaban congelados, en virtud del acuerdo No. 92 de 1958, para convertirlos en zona verde.

"e) En vista de la congelación los propietarios del inmueble empezaron las gestiones para negociar el inmueble que la entidad de derecho público requería, y que así lo había dispuesto, con el fin de acelerar el negocio con el único comprador que podía adquirirlo. Para tal efecto se entró en contacto con la Sección de Bienes Inmuebles Municipales y con del Departamento de Catastro, para realizar las negociaciones,

sometiéndose a los avalúos que se sucedieron en esas dependencias, como a los de la Contraloría del Municipio, la que dio aprobación más tarde al precio atribuido, el que difiere del estimativo hecho por la Sociedad Alberto Alvarez y Cía. Ltda., miembro de la Lonja de Propiedad Raíz, la que estimó su valor en $85 el M^2, para alcanzar un valor total de $1'225.855.45. Las múltiples demoras, obstáculos y en consideración a que el único comprador como tantas veces se ha dicho era el Municipio de Medellín, quien se otorgaba un plazo indefinido para expropiarlo o adquirirlo cuando le pareciera, temerosos sus propietarios de que esa situación se prolongara por tiempo indefinido resolvieron más bien sacrificar sus intereses y aceptar un precio muy inferior al que comercialmente tenía, como único medio de poner fin a esa situación incómoda en que se les había colocado por los funcionarios del Municipio. En carta fechada en abril 15 de 1977, dirigida al Jefe de la Sección de Bienes Municipales, dieron aceptación al avalúo hecho por la Contraloría Municipal, o sea a razón de $60 el M^2, autorizándolo para continuar los trámites iniciales tendientes a legalizar la negociación. A los 3 meses se les comunicó por la Analista de Hacienda Municipal Ruth Gómez Gómez, que la partida asignada en el presupuesto municipal para la vigencia de 1977, con destino a la compra de terrenos se había agotado y sugirió como forma de pago a la negociación realizada con el Municipio, la de hacerlo en contados semestrales pagaderos a partir del 1o. de marzo de 1978, hasta el total de la estimación del avalúo municipal hecho en $877.383.60.

"La negociación anterior tuvo plena aceptación por parte de la H. Junta de Hacienda, en sesión realizada el 11 de mayo de 1977, al disponer: 'aprobar la negociación con el señor Alfredo Molina Lince, de un lote de terreno situado en la parte Sur-oriental de la ciudad (Morro El Salvador), con un área de 14.623.06M^2.

"f) La dificultad de cristalizar el dinero de la negociación, determinó al Dr. Alfredo Molina Lince y a su esposa a orientarse ante las dificultades de pago, por celebrar más bien una permuta con un inmueble de propiedad del Municipio, que no tuviera destinación específica, para lo cual se solicitó información al Analista de Hacienda, quien informó a este respecto al Jefe de Bienes Municipales en oficio del 31 de agosto de 1977, haciéndole una relación pormenorizada de los inmuebles no requeridos y disponibles para vender. Con base en el precio convenido los permutantes continuaron la negociación que tuvo aprobación por los funcionarios municipales encargados de realizarla, habiéndose convenido en la celebración de una permuta de un inmueble de propiedad del Dr. Alfredo Molina Lince y su señora por otra propiedad del Municipio, situado en la manzana F de la urbanización 'El Noral No. 2' en la fracción de Belén de Medellín, con un área de 629.64 M^2, cuyo valor total para la permuta se estimó en la cantidad de $959.460.oo.

Como a la propiedad de los permutantes particulares se les había asignado un valor de $877.383.60, antes de otorgar la respectiva escritura pública que debía solemnizar el convenio, fueron obligados a depositar en la Tesorería del Municipio (Fondos Comunes) la cantidad de $82.076.40, valor del excedente del precio asignado al otro inmueble, conforme lo acredita el comprobante de la Tesorería No. 13745 del del 1o. de agosto de 1978, dinero que se depositó hasta tanto se legalizara la escritura pública.

"g) Los funcionarios y representantes del Municipio de Medellín, que tuvieron que ver con la negociación encomendaron a los abogados del Municipio elaborar la minuta de permuta, sobre las bases previamente pactadas entre el Municipio y el matrimonio Molina Molina, minuta que se elaboró y se llevó a la Notaría Cuarta de la ciudad de Medellín, para efecto de que fuera vertida en la escritura pública, la que se hizo y fue firmada por el Dr. Alfredo Molina Lince en su nombre y como mandatario de su esposa Clementina Molina de M. Sólo en el último momento cuando ya se había firmado la escritura pública por los permutantes particulares, el representante del Municipio de Medellín, encontró inconvenientes que antes no se conocían, no obstante la negociación haber pasado por diferentes dependencias municipales, que le impartieron su aprobación y por la H. Junta de Hacienda, que igualmente la aceptó, pero a la hora nona (sic), cuando ya se había cubierto parte del precio y firmada la escritura, se manifestó por el Señor Alcalde de Medellín, como causa para no firmarla, que el inmueble que se iba a permutar estaba destinado por el Municipio a la prestación de otros servicios o que había sido cedido a la Asociación Municipal de Juntas de Acción Comunal de Medellín. Tal proceder está caracterizado por la irresponsabilidad y falta de estudio por parte de la Administración Municipal, que les ocasionaron perjuicios a mis poderdantes, que negociaron sobre informes dados por el Municipio, ateniéndose a sus datos". (Fls. 14 vto., 15, 15 vto. a 16 C. 1).

2. El Municipio contestó la demanda y se opuso a las pretensiones; para ello arguye que no existió falla del servicio a cargo de la administración municipal porque "en ningún momento se acreditó en el proceso el compromiso que previamente hubiese adquirido el Municipio de Medellín para celebrar el contrato de permuta", y que "Los trámites iniciados por la Administración, acreditan la buena fé de la misma, tendiente a aceptar la posibilidad de negociación brindada por el actor, y bien podía éste haber solicitado otro cualquiera de los bienes relacionados que posiblemente carecían de problemas"; añade que "Aunque se hubiera demostrado la falla en el servicio en la forma alegada, la demanda tampoco podría prosperar porque falta en el proceso la prueba del perjuicio. El daño que dice el actor que le fue ocasionado apenas está enunciado en el libelo, situación que en derecho colombiano carece de relevancia probatoria. Y el perjuicio no puede cifrarse siquiera en

la pérdida del inmueble ya que su dominio radica aún en cabeza del demandante. Tampoco se evidenciaron perjuicios diferentes a la simple pérdida del inmueble, No se acreditó fehacientemente que sobre el inmueble fuera a construirse un edificio y que no puedo (sic) lograrse por la declaratoria de utilidad pública del bien ya que la congelación del inmueble de conformidad con la demanda se ordenó por medio del Acuerdo Nro. 92 de 1959, anterior a la fecha de adquisición del bien por parte de los demandantes, o que se hubiera frustrado algún negocio en que las partes habrían podido obtener determinados beneficios". (Fl. 64).

3. El *a-quo* decidió inhibirse para resolver el fondo del asunto apoyado en las siguientes reflexiones:

"Se dijo que el poder habiente de Molina Lince y Molina de Molina deprecó indemnización para sus clientes endilgándole al Municipio cargos por acción y omisión– a) Por haber congelado un bien de su propiedad para destinarlo en el futuro a parque y zona verde y b) Por haberse el Alcalde negado a firmar la escritura de Permuta que dicen haber celebrado con el Municipio. Pues bien, en el primer caso el libelista anuncia de manera genérica la Ley 1a. de 1943 y específicamente su artículo 14 en que se señala que la congelación sólo puede durar dos años, sin indicar si esa disposición fue violada y cuál el concepto de violación. Y si implícitamente lo expresó, erró en su escogencia ya que la norma aludida se refiere a 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'.

"Y, en cuanto al perjuicio que dice haber sufrido por la omisión o negativa del Alcalde a firmar la Escritura Pública contentiva del presunto contrato de promesa cita con desgano el artículo 16 de la Carta sin que confirme su violación y menos el concepto.

"Oigámoslo: 'Se está por consiguiente en presencia de un deber incumplido que ha ocasionado a mis poderdantes perjuicios de diversa índole, cuya indemnización se impone con base en los principios consagrados en el artículo 16 de la C.N., en el que se prevé como cometido de las autoridades cumplir sus deberes sociales generando este principio como consecuencia, el de que la actividad pública mal conducida responsabiliza a la entidad de derecho público que incurre en ella'.

"Un comentario, una referencia no es suficiente para cumplir con el requisito del artículo 84 del C.C.A., y el hacerlo no es discrecional sino que 'El demandante, por imperativo legal debe señalar las disposiciones de orden superior que estima han sido violadas por el acto (simple o complejo – operación jurídico administrativa) hecho u operación mate-

rial administrativa que acusa y dar –salvo en las acciones por daños con ocasión de trabajos públicos– el concepto de su violación fijando en consecuencia un marco al juzgador para estudiar y resolver la demanda'. (Anales Nros. 367–371 pág. 340).

"Y se insiste en la expresión de las disposiciones violadas y el concepto de violación, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte en esta jurisdicción.

"Viénese de lo anterior que si el escrito introductor omitió señalar la norma violada y el concepto de violación no acomodó su contenido consagrado en el artículo 84 del C.C.A. pesando de inepto.

"Empero las cosas no paran allí, el libelo demandador se hundio en la ineptitud desde el momento en que siendo plural la parte demandante y comuneros en el bien afectado por la congelación no concretaron ni cuantificaron lo que pretenden con precisión y claridad tal como lo exige el numeral 5o. del artículo 75 del C. de P. Civil, porque de ser próspera la demanda cómo haría el fallador para determinar el monto de los perjuicios a cada uno de ellos?.

"Ahora tratándose de una acumulación de pretensiones la exigencia anterior era de imperativo cúmplimiento pues si no fuera así cómo podrá el juez señalar el perjuicio derivado de una y otra causa?

"Se suma a lo anterior un hecho aparentemente intrascendente pero de mucha significación como es el de no haber declarado la cuantía, que como bien sabemos determina la competencia e impone el trámite.

"Los defectos anotados son en criterio de este Tribunal tan manifiestos que hablan de la ineptitud de la demanda y de la imposibilidad jurídica de haberse trabado una relación jurídico procesal que requiera ser desataca". (Fls. 10 a 12 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. La decisión del *a-quo* como fundamento la ineptitud de la demanda derivada de la falta de cumplimiento de estos tres requisitos:

1. Del ordinal 4o. del artículo 84 de la ley 167 de 1941: "La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación".

2. Los demandantes "no concretaron ni cuantificaron lo que pretenden con precisión y claridad", desconociendo la exigencia del numeral 5o. del artículo 75 del C. de P. C.

3. El señalamiento de la cuantía de las pretensiones.

La Sala no comparte este criterio; en efecto, estando vigente el C.C.A. que se adoptó mediante la Ley 167 de 1941, esta Corporación construyó y mantuvo la doctrina según la cual corresponde al juzgador la interpretación de la demanda, "... con base en su contexto, teniendo en cuenta más que sus términos literales, su significación intrínseca" (Sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 26 de Abril de 1976, Expediente 229, Actor: Gilberto Lozano); la exigencia legal no determinada – y tampoco hoy lo hace – qué tan prolijo deba ser el concepto que presenta al demandante, razón por la cual, el acápite correspondiente del libelo (fls 16 y 17) se estima suficiente; en efecto el actor encontró quebrantados los artículos 16 de la Constitución Política de 1886 y 14 de la Ley 1a. de 1943 con razones que, si, bien no se pueden calificar como un modelo de técnica, cumplen la carga procesal que entregó la ley al demandante.

Para el caso de las acciones de reparación directa – y la intentada en este caso pertenece a dicho género–, la exigencia legal que se viene comentando se ha variado por la expresión de "Los fundamentos de derecho de las pretensiones" (ordinal 4o. del artículo 137 del C.C.A.), más acorde con la naturaleza jurídica de las mismas, en cuyos predios – lo ha repetido la Sala – impera el principio del *"jura novit curia"* por cuyos términos, es de cargo del actor presentar los hechos y es obligación del juzgador aplicar el Derecho.

El demandante entendió que la información equivocada de los funcionarios de la Alcaldía respecto del bien inmueble que se pretendía permutar, la omisión del Alcalde de suscribir la escritura pública correspondiente, y el hecho de mantener "congelado" un bien inmueble de propiedad particular más allá del plazo legal, violentaban el precepto constitucional y la disposición legal que invocó en su apoyo, con lo cual cumplió la exigencia procesal que no encontró realizada el Tribunal.

Otro tanto hay que decir en lo concerniente a la expresión de las pretensiones; de su redacción no queda duda de que los actores buscan la indemnización de "... la totalidad de los perjuicios de orden económico", incluídos "... los perjuicios ocasionados con la congelación del inmueble...", surgidos de la no celebración del contrato de permuta que relatan en los hechos de la demanda.

Si bien no indicaron la proporción en que reclaman la indemnización cada uno de los demandantes, la condición de cónyuges con que se presentaron al proceso así como la presentación del petitum, permiten deducir, razonablemente, que sería por parte iguales.

Finalmente la demanda no estimó la cuantía de las pretensiones; en embargo, establece la extensión del inmueble cuya propiedad ostentan los

demandantes (14.623.06 M^2), el valor del metro cuadrado, según el avalúo oficial practicado por el Municipio ($60= /$m^2$), y su precio total ($877.383,60), cifras que determinan la competencia de la Sala para conocer del recurso propuesto.

Lo dicho indica que el fallo de primera instancia será revocado para producir una decisión de fondo.

B. Los demandantes no lograron probar los hechos que invocaron como fundamento de su petitum, circunstancia que impide la prosperidad de las pretensiones; es cierto que la reconstrucción del expediente hace más difícil esa tarea; sin embargo para ese resultado contribuyó la poca colaboración de las partes; así lo hizo constar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia (fls. 166) que había sido comisionado para la práctica de algunas diligencias.

Como antes se anotó, los actores señalaron dos hechos como causa de sus peticiones: 1) La negativa del Alcalde de Medellín para celebrar con ellos un contrato de permuta para que el Municipio de Medellín adquiriese un inmueble de propiedad de los primeros, situado en el Barrio Salvador, Urbanización San Diego, entre las calles 33 A y 34, y con una cabida de 14.623.06 M^2, y 2) La congelación "de dicho inmueble ordenada por el Acuerdo No. 92 de 1959 y extendida más allá de los límites temporales previstos por la Ley 1a. de 1943.

Respecto de lo primero, revela el expediente que el Señor Molina Lince ofreció en venta el inmueble referido al Municipio de Medellín, a través del Administrador de Bienes Municipales, el 23 de julio de 1976 (fl. 25); que la Contraloría Municipal lo avaluó, a razón de $60= /$M^2$ y los demandantes aceptaron dicho avalúo (fls. 115 y 116), el 21 de marzo y el 15 de abril de 1977, respectivamente; que el 1o. de junio de ese año, la Junta de Hacienda aprobó "la negociación" (fls. 114 y 153); que las dificultades presupuestales del Municipio lo condujeron a sugerir la siguiente modalidad de pago: "Cuatro pagarés pagaderos semestralmente, el primero a partir de marzo de 1978 cada uno por la suma de $219.345,90 para un gran total de $877.333,60 que es lo equivalente de $14.623,06 metros cuadrados a $60.oo el M^2.

"Si usted acepta la anterior propuesta sírvase notificarla por escrito". (Fl. 113 C 1); que, al parecer, luego se optó por celebrar un contrato de permuta con un bien inmueble de propiedad del Municipio y se redactó el proyecto (fls. 110 - 112); que el valor del inmueble municipal era superior al de los demandantes en $82.076,40, suma que fué depositada el 1o. de agosto en la Tesorería del Municipio (fl. 124) y devuelta a los depositantes el 28 del mismo mes (fl. 28), dado que "la permuta no se pudo realizar... porque dicho lote había sido cedido a la Asociación Municipal de Juntas de la Acción Comunal de Medellín – Acuerdo 40 de 1976" (fl. 27) y que hasta el 28 de

julio de 1987 no se había producido negociación alguna con los demandantes (fl. 155).

Esta relación demuestra que el proyectado contrato de permuta no se podía celebrar porque el inmueble que pretendían los demandantes (hecho f. de la demanda), había salido del patrimonio municipal desde 1976, sin embargo, no hay duda de que se desarrolló un procedimiento tendiente a la celebración del contrato, el cual – como toda actuación, administrativa – debe estar presidido por el principio de la buena fe hoy consagrado positivamente en el artículo 83 de la Constitución Política; su quebranto genera responsabilidad patrimonial a cargo del Estado cuando ha ocasionado perjuicios al particular vinculado en la relación precontractual.

El profesor Renato Scognamiglio ilustra este problema de la siguiente manera:

"Dentro del contrato en particular, debido a la estructura y a la función, el asunto se complica bastante, ya que para su celebración debe concurrir y concordar en su contenido los actos de las partes (dos o más que intervienen en la autorregulación de intereses. La observación de la realidad nos muestra que, por lo menos en los casos de mayor relieve, a ese resultado sólo se llega luego de una fase de negociaciones preliminares, a veces largas y difíciles, a la que sigue otra fase indispensable siempre, la de la emisión y el cambio de los actos con los cuales cada parte expresa su decisión. Se trata de un procedimiento a menudo complejo y de cierta duración, que plantea al derecho una serie de problemas relativos a la relevancia de las varias fases y a la determinación del momento en que se celebra el contrato; problemas que el ordenamiento resuelve en distinta forma, como lo enseña la experiencia histórica, que en el ánimo de simplificar el análisis, pueden reducirse a dos fundamentales:

"Puede estatuir, como ocurría en la época antigua, que la formación del acuerdo dependa de actos o formas solemnes y considerar que únicamete ese acto conclusivo (y formal) tiene relevancia para el derecho. O bien, puede referirse a las varias fases del proceso de formación del contrato, ampliando las consecuencias jurídicas y hacer coincidir la formación de aquel con la realización efectiva del acuerdo, que es la solución generalmente acogida por el derecho moderno, y por lo demás, la única concordante con el reconocimiento del contrato como instrumento de alcance general para la regulación de los intereses particulares.

"Tal planteamiento encuentra en nuestro código una expresión significativa e inmediata en la disciplina legal de la materia de las negociaciones preliminares, tan debatida en la doctrina y la jurisprudencia menos

recientes. La fase de dichas negociaciones, sobre indicarlo, precede a la fase formativa propiamente dicha, constituye un momento preliminar y no necesario, y se concreta en una serie de actos que de suyo no son vinculantes en cuanto se refiere a la celebración del contrato, pero que si son susceptibles de asumir en la práctica un cierto relieve dentro de esa finalidad, por lo menos en los negocios de mayor importancia (que requieren en verdad un intercambio preventivo de comunicaciones, proyectos, etc., luego de lo cual es posible lograr el acuerdo punto por punto). El problema que el legislador se plantea a este propósito es el de compaginar la libertad de acción de las partes, que no debe tener restricciones durante esa fase preliminar con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objeto de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuentes de daños.

"El código resuelve en principio la cuestión cargando a cada uno de los sujetos que intervienen con el deber de comportarse de buena fé (art. 1337 cód. civ.); una fórmula sintética y comprensiva de la plenitud de los varios deberes de conducta que pueden integrar el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico.

"Con el mismo propósito considera de mala fe al contratante que transgrede tales deberes y, por ejemplo, inicia las negociaciones preliminares sin ninguna intención de celebrar el contrato o las interrumpe por capricho, etc. (sin que interese saber si obró con dolo o negligencia). El juicio sobre el comportamiento de los estipulantes se viene así a formar un criterio un poco vago y elástico (el de la buena fe); pero en esta materia no es posible, ni conveniente, un índice de valoración más preciso y riguroso, y la propia conciencia social, en todos los ambientes, siendo singularmente sensible a dicha exigencia de corrección, suministra en cada oportunidad elementos de decisión bastantes seguros.

"El código prevé una hipótesis específica de culpa precontractual en la norma siguiente, art. 1338, según la cual, aquella de las partes que conociendo o debiendo conocer la causa de, la invalidez del contrato, no haya dado noticia de ella al otro contratante, está obligada a resarcirle el daño que haya sufrido éste (que sin incurrir en culpa, confió en la validez del acto). En este caso son valederas las consideraciones anteriormente hechas: efectivamente se trata de una transgresión del mencionado deber de corrección, que el legislador quiso destacar dentro de la hipótesis general del art. 1337 ct., obviando cualquier discusión. La misma solución debe darse, como lo hizo una jurisprudencia reciente, al caso en que una de las partes haya dado causa a la invalidez (pero siempre a condición de que la otra parte haya ignorado tal causa sin su culpa). A la inversa, de ninguna manera puede admitirse esa responsabilidad cuando la nulidad depende de la violación de una prohibición legal que ambas partes debían conocer.

"En cuanto a la entidad y la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación de los citados deberes, no pudiendo sostenerse que haya un incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, se considera, según una opinión de sobra aceptable, y a la cual adherimos, que la responsabilidad refleja en esos casos únicamente el llamado interés negativo, o sean las consecuencias dañinas (gastos, pérdida de otros negocios, etc.) de la falta de celebración del acuerdo. Asumida esta posición, el tema de la naturaleza contractual o aquiliana de la responsabilidad en las negociaciones preliminares queda relegado a un plano fundamentalmente teórico. En la duda, creemos que debe propenderse por la responsabilidad aquiliana, considerando que en tales hipótesis se responde por la transgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se pueden equiparar a obligaciones en sentido propio". ("Teoría General del Contrato". Traducción de Fernando Hinestrosa, págs. 118 - 121).

En el evento *sub-judice* no se demostró el perjuicio, razón que impide la condena solicitada por el actor.

En relación con el segundo punto alegado en la demanda se tiene que los demandantes obtuvieron el inmueble que está en la base de su reclamación, por dos caminos:

– La escritura pública No. 829 del 30 de abril de 1974 otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Medellín, por medio de la cual se liquidó la "Compañía de Obras Urbanas Ltda.". (Fls. 102 vto. - 156 y 183 vto.) y se adjudicó parte del lote a los actores, y

– La escritura pública No. 1781 del 11 de septiembre de 1975 corrida ante el Notario Séptimo del Círculo de Medellín, por medio de la cual recibieron, en permuta, el resto del lote en cuestión (fls. 183 lit. e. y 156).

Si como lo afirman los actores, el inmueble había sido congelado desde 1959, por el Acuerdo No. 92 (el cual no fué traido al expediente) es lógico concluir que lo adquirieron con dicho gravamen, si es que existía y que, por esa razón, no pueden reclamar perjuicio alguno tal y como lo estableció la experticia que obra a folios 22 y ss. del expediente.

No existiendo perjuicio no hay lugar a responsabilidad.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada.

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

HIDROCARBUROS/MULTA

No conviene analizar el llamado Código de Petróleos como si apenas lo constituyera el Decreto 1056 de 1953, cuando con posterioridad al mismo se han expedido estatutos transcendentales en la materia, los que deben ser tomados en cuenta. El artículo 67 del Código de Petróleos, procura el cumplimiento de las obligaciones que allí se establecen, so pena de imponer una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento. La actora sostiene que la obligación que se reclama como incumplida es de carácter laboral y así lo deduce porque el Decreto 1348 de 1961 faculta al Ministerio del Trabajo para sancionar el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 10 de 1961. Para la Sala, no resulta acertada la interpretación anterior, por cuanto la norma distingue entre los Ministerios de Trabajo y Minas y Petróleos, con miras a que cada ente oficial reciba la información correspondiente y la utilice o aplique de acuerdo con los fines propios de cada uno.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 5169. Actor: Baker Transworld Inc.

La firma BAKER TRANSWORLD INC., Sucursal en Colombia, en ejercicio de la acción de Restablecimiento del Derecho, por conducto de apoderado judicial, el 6 de agosto de 1987 instauró demanda contra la Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, con el objeto de lograr las siguientes pretensiones:

"Pretensión Primera:

"Se demanda la *nulidad de la Resolución 0432 de 1986* calendada el 11 de junio de 1986 y de la 0300 fechada el 24 de febrero de 1987 proferidas por el Ministerio de Minas y Energía –Dirección General de Asuntos Legales– División Legal de Hidrocarburos, confirmada la primera, por la *Resolución 00300* de 1987 del Ministerio de Minas y Energía– Dirección General de Asuntos Legales– División Legal de Hidrocarburos, calendada 24 de febrero de 1987, y notificada personalmente el día 6 de abril de 1987.

"Pretensión Segunda:

"Se pide además el restablecimiento del derecho de mi representada, solicitando en consecuencia que se le restituya el valor pagado por concepto de la multa impuesta". (Fols. 10 y 11).

Como fundamento de las anteriores pretensiones, se refiere en la demanda (Fls. 11 a 16) los hechos que la Sala sintetiza así:

1.– El Ministerio de Minas y Energía Dirección General de Asuntos Legales–División Legal de Hidrocarburos expidió el 11 de junio de 1986, la Resolución No. 432 por medio de la cual impuso una multa de US$3.000.oo a cargo de la empresa BAKER TRANSWORLD INC., y en favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Energía. La sanción se originó en la omisión de la firma aludida al presentar "la información de que trata el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, para los años 1982, 1983 y 1984".

2.– Contra la anterior resolución interpuso recurso de reposición el representante de la compañía afectada con la multa, para que se revocara en su integridad. Empero, la autoridad sancionadora mantuvo en firma su decisión mediante la Resolución 000300 del 24 de febrero de 1987. Se sostuvo en este segundo acto que la documentación allegada por el recurrente "no es la exigida por el Artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, sino una información mensual de empleos y salarios diferente que debe presentarse ante el DANE...", en tanto que los del artículo 36 citado se relaciona con el Ministerio de Minas y Energía y es ante esta entidad donde debe cumplirse la referida obligación. Se aduce además en el acto acusado que para los efectos de la no aplicación del artículo 67 del Código de Petróleos al presente caso, se debe tomar en consideración que "no se puede hablar propiamente de un Código de Petróleos sino de Legislación de Hidrocarburos, ya que el Decreto 1056 de 1953, contiene tanto normas de carácter sustantivo como reglamentario, que posteriormente han sido modificadas, como en el caso que se analiza, ya que la ley 10 de 1961 y el Decreto 1348 del mismo año, modificaron parte de esa legislación, en consecuencia, las multas son aplicables a la situación planteada". (Fol. 2).

3.– Esta segunda resolución le fue notificada personalmente al apoderado de la actora.

4.– Se agotó la vía gubernativa.

Como fundamentos de Derecho, expone el demandante que los actos acusados son violatorios de las disposiciones legales citadas en los mismos, como de los artículos 20, 26, 55 y 76 ordinales 1 y 2 de la Constitución Nacional.

Se afirma en el libelo que las resoluciones demandadas adolecen de falsa motivación y que "la única y verdadera motivación de la multa impuesta a mi representada, fue la urgencia en poner dineros para el Fondo Rotatorio del Ministerio y Energía...". Agrega la parte actora que los actos administrativos no contienen una verdadera motivación, "se equivoca en la constatación de la situación fáctica, en la calificación jurídica y en la interpretación de los textos legales sobre los cuales pretende fundamentarse".

Sostiene la demandante que sí cumplió oportunamente con el suministro de la información de que trata el artículo 36 del decreto 1348 de 1961 y relaciona en 14 numerales los informes correspondientes, en consecuencia, concluye, "es falsa la afirmación del Ministerio en el sentido de que no se ha presentado la información requerida; razón por la cual la Resolución impugnada está falsamente motivada".

Otra falsedad en el amotivación, según la actora, "radica en el hecho de que el artículo 67 del Código de Petróleos no es aplicable al caso que se estudia...", por cuanto, "el ámbito de aplicación del artículo se circunscribe al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Código de Petróleos".

También afirma que si en gracia de discusión aceptara la aplicación del artículo 67 citado, "resulta además que la obligación que se reclama como incumplida es una norma propia del Derecho de índole laboral". Por último encuentra que "la motivación de la Resolución riñe por insuficiente y pobre con la exigencia de la ley".

La demanda fue admitida por auto de 23 de noviembre de 1987 y se notificó al Ministerio de Minas y Energía quien por conducta de apoderado y en escrito que corre a los folios 37 a 43 contestó la demanda y expuso las siguientes razones de defensa, de las cuales se extractan las siguientes apreciaciones:

"La sociedad de que se trata, no presentó la información requerida. Presentó sí, una información que no atañe al Ministerio de Minas, sino a otra entidad. Por tanto, debo aclarar a esa Corporación que son obli-

gaciones diferentes ante distintas entidades de la Administración, y en cada una de estas entidades los efectos para los cuales se solicitan los informes descritos por el mencionado artículo 36 son diferentes". (Fol. 38).

"Si se examinan muy someramente los informes presentados por la sociedad BAKER TRANSWORLD INC., que no son otra cosa que unos formatos previamente elaborados por el DANE y parcialmente diligenciados por la sociedad, se observa sin ninguna dificultad, que la relación antes transcrita, no aparece por parte alguna; por lo cual se concluye que la sociedad demandante nó presentó los informes a que estaba obligada en razón de su objeto social, por el artículo 36 del decreto 1348 de 1961 y que en consecuencia la razón para imponer la multa, plasmada en los actos acusados es plenamente válida y no pobre e insuficiente en los términos del actor". (Fl. 39).

"Ahora bien, en el artículo 67 antes transcrito, que debemos tener en cuenta, se estableció, para evitar el incumplimiento de las obligaciones, y en caso de que éste se diere, poder imponer una sanción al responsable de dicho incumplimiento; y la obligación de presentar informes por parte de las personas dedicadas a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas, está consagrada en el decreto 1348 de 1961, reglamentario de la Ley 10 de 1961; que ante el cambio que sucedió en la industria petrolera del país y el advenimiento en mayor escala de los inversionistas extranjeros, se vió el legislador en la necesidad de imponer un principio de nuevas obligaciones, dejando la facultad de reglamentación al Gobierno, a lo cual procedió éste, en legal forma mediante el decreto 1348 tantas veces mencionado.

"Estas obligaciones, cuyo objeto es controlar la industria del petróleo, riqueza nacional, no podían quedar sin una sanción, por lo menos pecuniaria por su incumplimiento. Razón ésta, que motivó también el aumento de la cuantía de la sanción del artículo 67 del Código de Petróleos.

"En consecuencia, no se puede negar la existencia de las obligaciones impuestas por una norma expedida con facultad legal, como tampoco la aplicación de la sanción prevista en el artículo 67 del Código para el caso de incumplimiento de cualquier obligación allí contenida; entendido el Código, como ya se vio como el conjunto de normas que regulan una materia. Así, en los actos acusados no existe la falsa motivación que alega el demandante". (Fol. 41).

Por auto de 3 de marzo de 1988 se abrió el proceso a pruebas, las cuales se practicaron. En el momento de alegar lo hicieron las partes, la actora en escrito visible a folios 89 a 99 y el Ministerio de Minas en memorial de folios

100 a 104. En su concepto de fondo, la señora Fiscal Segunda de la Corporación se pronuncia favorablemente a las peticiones de la demanda porque considera que la sociedad Baker Transworld Inc., "sí presentó los informes y lo venía haciendo desde el año de 1982. Más aún, durante todo ese tiempo el Ministerio de Minas había aceptado los mencionados informes, sin haberles hecho ninguna objeción, ni existir modificación alguna".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala las pretensiones contenidas en la demanda no están llamadas a prosperar, por lo que el fallo será denegatorio, conforme a las siguientes apreciaciones:

1a. Se ejercitó por la parte demandante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el cual fue modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989.

2a. Mediante los actos acusados, o sea, las Resoluciones 432 de 11 de junio de 1986 y 000 300 de 24 de febrero de 1987, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía—Dirección General de Asuntos Legales—División Legal de Hidrocarburos, por la primera se impuso a la firma demandante una multa por valor de US$3.000.oo y por la segunda, se confirmó aquella y se declaró agotada la vía gubernativa.

Las circunstancias de hecho y de derecho que originaron las resoluciones demandadas se relacionaron anteriormente.

3a. Estima la Sala que la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos acusados, no fue desvirtuada, ni contrariada por las argumentaciones y pruebas arrimadas tanto en el diligenciamiento administrativo, como en el proceso que se examina.

4a. Fundamento primordial de la acción ejercitada es "la falta de motivación" de los actos acusados, porque según el accionante, "Parece que la única y verdadera motivación de la multa impuesta a mi representada, fue la urgencia en poner dineros para el Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Energía...". Afirmación ésta precipitada, ligera y sin respaldo probatorio en el proceso.

Contra la manifestación administrativa que echa de menos la información de que trata el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, para los años de 1982, 1983 y 1984, sostiene la parte demandante que "oportunamente" le envió dicha información. Para demostrarlo hace una relación de tales informes y concluye que "es falsa la afirmación del Ministerio... razón por la cual la Resolución impugnada está falsamente motivada".

Con respecto a la obligación legal que tienen las personas dedicadas a la industria del petróleo de suministrar las informaciones sobre los datos exigidos en el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, dice así el texto de esta disposición:

"Toda persona dedicada a la industria del petróleo en las diversas ramas que la integran, incluyendo la prestación de servicios técnicos, está en la obligación de suministrar a los Ministerios de Trabajo y Minas y Petróleos, antes del primero de marzo siguiente al año calendario, una relación con los siguientes datos:

"a) Nómina de empleados, con especificación de funciones, nacionalidad, tiempo de permanencia en Colombia si fueren extranjeros, estado civil, nombre y nacionalidad del cónyuge, asignación mensual y moneda en que se paga;

"b) Número de los obreros de la empresa, dividido por grupos nacionales y extranjeros, anotándose para los extranjeros su nacionalidad, tiempo de permanencia en Colombia y demás requisitos mencionados en el ordinal anterior;

"c) Nómina de los contratista con las especificaciones indicadas en los literales a) y b), y una síntesis de las condiciones y términos de los mismos contratos;

"d) Valor de los honorarios y remuneraciones, que se pagan a los contratistas, empleados y obreros extranjeros;

"e) Valor de los honorarios y remuneraciones que se pagan a los contratistas, empleados y obreros colombianos;

"f) Declaración de tipo de cambio utilizado para la liquidación de los honorarios y remuneraciones que se pagan en monedas extranjeras.

"Para otorgar la autorización de que trata el inciso 2o. del artículo 18 de la Ley 10 de 1961, y para la celebración de los convenios allí indicados, se requerirá el concepto previo del Ministerio de Minas y Petróleos, el cual calificará, en cada caso, el personal especializado en la rama o ramas de la industria del petróleo".

Del examen comparativo de los informes presentados por la sociedad Baker Transworld Inc., con el texto de la norma transcrita, sin duda alguna resultan aquellos incompletos, por cuanto en los mismos no se desarrollan ni se relacionan en su totalidad las informaciones legalmente exigidas por este estatuto.

En efecto, en los informes por los años 1982 a 1987, cuyas fotocopias auténticas obran a folios 62 a 67 del cuaderno No. 1, se encuentra en todos ellos el siguientes texto:

"INFORME DE EMPLEOS Y SALARIOS AÑO DECRETO No. 1348 DE 1961 ARTICULO 36", y se relacionan los siguientes datos: nombre del empleado, cargo, nacionalidad, permanencia en Colombia, estado civil, cónyuge, nacionalidad y salario base mensual en pesos colombianos. Prácticamente ésta información corresponde a los datos exigidos en los ordinales a) y b), desconociéndose por qué razón la empresa demandante no rindió informes con respecto a los demás ordinales.

De otra parte, en el "Informe Mensual de Empleo y Salarios en las Empresas Petroleras", rendido en formularios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), que mensualmente presentaba la firma Baker Transworld Inc., no se cumplía con las exigencias del artículo 36 del Decreto 1348 de 1961. Basta una rápida comparación de la información contenida en los formularios con los requerimientos del precepto nombrado para concluir que tampoco en este informe se suministraban las informaciones legalmente requeridas.

Lo anterior conduce a concluir que la firma demandante efectivamente rindió unos informes, más no presentó la información que la ley exigía, de donde se infiere que por este aspecto no se dio la falsa motivación alegada por la sociedad reclamante.

5a. Igualmente aduce la sociedad actora que en este procedimiento de la administración "una segunda falsedad en la motivación radica en el hecho de que el artículo 67 del Código de Petróleos no es aplicable al caso que se estudia". Afirma lo anterior porque considera que el artículo citado "se circunscribe al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Código de Petróleos" y las obligaciones que se estiman incumplidas "no se encuentran establecidas en el Código de Petróleos".

La cuestión por este último aspecto se reduce entonces a determinar si la disposición del artículo 67 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), sobre la cual se configuran los actos demandados, resulta aplicable o no a la situación analizada.

Dice así el precepto referido:

> "El Gobierno podrá imponer administrativamente multas hasta de cinco mil pesos ($ 5.000) en cada caso, para penar el incumplimiento de las obligaciones que en este Código se establecen, cuando el incumplimiento no deba producir caducidad de contratos o cancelación de permisos, o cuando el Gobierno prefiera optar por esta sanción y no declarar la caducidad en los casos pertinentes del artículo siguiente".

Más adelante, con la expedición del artículo 21 de la Ley 10 de 1961, la norma anterior fue modificada así:

> ""Las multas de que trata el artículo 67 del Código de Petróleos serán hasta de cinco mil dólares (US$5.000) y podrán convertirse a moneda legal colombiana al tipo de cambio fijado para la industria del petróleo"".

Estas disposiciones, posteriores al denominado Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), mal podrían estudiarse aislada e independientemente, cuando regulan materias estrechamente vinculadas y en ocasiones apenas separadas por razones de tiempo, procedimientos, contrataciones, políticas económicas nacionales e internacionales, política laboral, etc., todo lo cual conlleva una íntima conexión entre todas las normas legales que integran el ordenamiento jurídico petrolero y que conduce a interpretar los casos confusos o ambiguos y hasta contradictorios, con un criterio que permita comprender que no se puede tomar en estos casos la norma aislada a insular, sino como integrante de un conjunto o sistema jurídico, método sistemático de interpretación que facilitará encontrarle el verdadero y mejor sentido a la disposición controvertida.

En este orden de ideas, no conviene analizar el llamado Código de Petróleos como si apenas lo constituyera el Decreto 1056 de 1963, cuando con posterioridad al mismo se han expedido estatutos transcendentales en la materia, los que deben ser tomados en cuenta, entre otros, el Decreto 758 de 1956; Ley 10 de 1961; Decreto 1348 de 1961; Decreto 1895 de 1973; Decreto 2310 de 1974; Decreto 743 de 1975 y Ley 1a. de 1984, disposiciones que por su importancia deben atenderse y tomarse en consideración para el estudio de las situaciones jurídicas por ellas reguladas.

La aplicación de esta regla de hermenéutica legal le permite a la Sala concluír que la norma del artículo 67, varias veces citada, procura el cumplimiento de las obligaciones que en el Código se establecen, so pena de imponer una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento. De igual manera, el Decreto 1348 de 1961, reglamentario de la Ley 10 del mismo año, "por la cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleos", impuso la obligación de rendir los informes antes referidos, obligación que al incumplirla la firma Baker Transworld Inc., generó en su contra la multa que el Ministerio de Minas y Energía le impuso mediante las resoluciones demandadas, con fundamento en el artículo 67 del Código de Petróleos, norma ésta que, se reitera, frente a una interpretación sistemática de la ley, no debe tomarse aisladamente en un medio jurídico que como el de petróleos mantiene una copiosa legislación.

6a. Sostiene la parte actora que la obligación que se reclama como incumplida es de carácter laboral y así lo deduce porque el Decreto 1348 de

1961 faculta al Ministerio del Trabajo para sancionar el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 10 de 1961.

Para la Sala, no resulta acertada la interpretación anterior, por cuanto la misma norma distingue entre los "Ministerios de Trabajo, Minas y Petróleos", con miras a que cada ente oficial reciba la información correspondiente y la utilice o aplique de acuerdo con los fines propios de cada uno, lo laboral por una parte, lo de petróleos por otra, en una rama que por su misma naturaleza, objetivos y estructura administrativa, requiere un mayor control oficial.

7a. Para finalizar, no comparte la Sala los cuestionamientos hechos a la forma y contenido de las resoluciones impugnadas, porque considera que sin ser excesivamente cortas, fácilmente se entiende en los mismos las causas y los fines de tales pronunciamientos económicamente punitivos emanados del Ministerio de Minas y de las oficinas respectivas del mismo.

Con fundamento en las consideraciones hasta aquí relacionadas, concluye la Sala que la sanción cuya nulidad y restablecimiento se demanda, tanto desde el punto de vista formal, como material, se encuentran conformes a derecho; la actora no logró demostrar que se diera la falsa motivación y, por consiguiente, la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos permanece incólume. Por lo demás, el valor de la sanción monetaria se ajusta a la cuantía fijada en la ley.

En mérito de lo expuesto y en desacuerdo con el Concepto Fiscal, 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: Niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condénase en costas a la demandante. Tásense.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/CONTRABANDO–Inexistencia/ **FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS**–Inexistencia

La falla del servicio se registró desde el momento en el tiempo físico en que se decomisó el automóvil, hasta cuando se entregó el bien al juez de instrucción penal aduanero, por presunción de contrabando. Lo ocurrido a partir de ese momento hasta la fecha de devolución del vehículo a su dueño, no puede calificarse como antijurídico, porque fue el tiempo necesario que la justicia aduanera utilizó para definir si se había tipificado o no el delito de contrabando. La autoridad policiva está obligada a entregar a la autoridad aduanera en un término razonable. Los vehículos que retiene por abrigar sospechas sobre su introducción legal al país. Pero no tiene sentido dejar pasar los meses y los días para cumplir con el deber jurídico de poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente. De menos recibo, que haya procedido a utilizar el vehículo como si fuera de su propiedad.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6385. Actor: Jorge Luis Carreño Gil. Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa – Policía 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 veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"Mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., acude a demandar ante esta jurisdicción el señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, para que siguiendo los trámites del procedimiento de rigor se resuelva favorablemente en relación con las peticiones siguientes:

"1. Que se declare que LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL, es responsable de los daños y perjuicios sufridos por el vehículo de placas XK-67-46, de propiedad de mi poderdante, señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, por razón de los destrozos y deterioros causados a dicho automotor.

"2. Que en consecuencia, se declare que LA NACION – Ministerio de Defensa, POLICIA NACIONAL, deberá pagar al señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, los daños y perjuicios morales y materiales (daño emergente y lucro cesante) por un valor de diez millones de pesos ($10.000.000.oo), a los que resulten probados en el proceso, dentro del término que señale la sentencia.

"3. Que se declare que LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL –, deberá pagar a mi poderdante, JORGE LUIS CARREÑO GIL, los intereses comerciales sobre la suma de diez millones de pesos ($10.000.000.oo) o la que resulte probada en los términos de la petición anterior".

"Los supuestos fácticos de los anteriores pedimentos son los siguientes:

"A.– El demandante, JORGE LUIS CARREÑO GIL, adquirió a título de compraventa un automóvil marca DACIA, modelo 1984, distinguido con las placas XK 67-46, al señor BERNARDO PEREZ ANGARITA, en el año de 1984. Desde entonces dicho vehículo aparece matriculado a nombre de JORGE LUIS CARREÑO GIL, en las oficinas de Circulación y Tránsito de Barrancabermeja.

"B. Aproximadamente desde el mes de octubre de 1984, el automóvil venía siendo explotado comercialmente por el demandante, como taxi

de servicio público en la ciudad de Barrancabermeja, en su condición de afiliado a la empresa "TAX-PIPATON", de la antes nombrada ciudad.

"C.– Más o menos en el mes de febrero de 1985, el taxi de propiedad de JORGE LUIS CARREÑO GIL, por algunos desperfectos mecánicos, eléctricos y de tapicería, fue llevado a los talleres de propiedad de JESUS PARRA ARCINIEGAS, ENRIQUE BLANCO y ROQUE JULIO BARAJAS, para los trabajos y arreglos correspondientes, habiendo sido entregado a su propietario en perfectas condiciones en mayo 23 de 1985.

"D.– Un día después de haber salido el tantas veces referido vehículo del taller, en óptimas condiciones, es decir, el 24 de mayo de 1985, fue aprehendido en cercanías del Municipio de Lebrija, por el agente de la Policía Nacional, AGUSTIN SEGURA PEREZ y puesto a disposición de la entidad oficial "SIJIN", organismo dependiente de la Policía Nacional, División Santander, grupo automotores.

"E.– Cuando el carro de placas XK-67-46, de propiedad de CARREÑO GIL, se encontraba bajo la responsabilidad de la entidad oficial "SIJIN", esto es el 15 de junio de 1985, fue estrellado violentamente, causándole graves daños a la puerta trasera izquierda y "guardabarro" trasero izquierdo.

"No contentos los agentes policiales adscritos a la "SIJIN", con la primera estrellada, resolvieron darle una más en agosto del mismo año, cuando le dejaron inservible la careta delantera, las persianas, los aros de las luces, defensa delantera, luces direccionales, latas del lado del motor; además le destruyeron la consola, el encendedor y la batería.

"F. Es de anotar, igualmente, que el automóvil entró funcionando normalmente, el día de la aprehensión, es decir, en perfecto estado, sin embargo, hoy, por culpa de sus captores, se encuentra en el más absoluto abandono en ALMAGRARIO a disposición de la Aduana Nacional desde el día 24 de septiembre de 1985.

"G.– El carro de propiedad de mi poderdante fue puesto, luego de sufrir los desperfectos mecánicos a disposición del Fondo Rotatorio de la Aduana, el día 24 de septiembre de 1985, pretextando un posible delito de contrabando.

"El demandante estima violado el artículo 16 de la Constitución Nacional en razón a que la actuación de la Policía Nacional constituye un desconocimiento al deber que tienen las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia en sus bienes. Considera que en el

presente caso existe una falla en el servicio, pues dichas autoridades policiales dispusieron del vehículo retenido para su particular servicio, cuando su obligación era mantenerlo en depósito y protegerlo hasta el momento en que fuera devuelto a su legítimo propietario una vez cesaran las causas por las cuales se la retuvo.

"Admitida la demanda por auto de 5 de junio de 1987, compareció al proceso la NACION – Policía Nacional, constituyó apoderado, quien solicitó la práctica de pruebas oponiéndose a su vez a algunas de las pedidas por la parte demandante, aseverando de paso que en su sentir no existe falla del servicio, pues contraría la lógica jurídica que una persona natural investigada penalmente por un delito de contrabando solicite indemnización a cargo de la Nación.

"Agotado el término probatorio y corrido el traslado a las partes para alegar, ninguna de ellas hizo uso de este derecho.

"CONCEPTO FISCAL

"El señor Agente del Ministerio Público rinde concepto estimando que las pruebas recaudadas en el informativo no son suficientes para demostrar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones. Agrega que existe una duda sobre el estado en que se encontraba el vehículo de propiedad del demandante al momento de la retención y sobre el estado en que se encontraba el vehículo de propiedad del demandante al momento de la retención y sobre el estado en que fué devuelto por las autoridades, es decir, no existe certeza sobre el hecho de que las autoridades policiales sean las únicas responsables por los daños causados al vehículo. En consecuencia, no se dan los elementos que configurarían la responsabilidad administrativa así como tampoco está plenamente demostrado que el actor fuera el propietario del automotor averiado, razones suficientes para no acoger las pretensiones de la demanda.

"Cumplido el trámite procesal en la forma ya relacionada, el Magistrado sustanciador Dr. Rafael Gutiérrez Solano presentó un proyecto de Fallo cuyos planteamientos y conclusiones fueron discutidos sin obtener aprobación. Por lo tanto, corresponde al suscrito Magistrado en orden alfabético, elaborar la correspondiente ponencia de mayoría a fin de dictar sentencia que termine el proceso.

""PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

"Del acervo probatorio allegado al expediente se puede considerar comprobados los siguientes supuestos fácticos:

"A. El día 24 de mayo de 1985 en cercanías del Municipio de Lebrija se llevó a cabo la retención del vehículo automóvil, marca DACIA, Mo-

delo 1973, color amarillo y negro, Placas XE (sic) –67–46, Motor No. 044830, Serial No. 36777. La retención la efectuó el Agente de Policía Vial AGUSTIN SEGURA PEREZ, quien ese mismo día pasó informe a su Jefe explicando que el operativo lo llevó a efecto por considerar que tal vehículo debía ser motivo de investigación y estudio técnico ante el hecho de que la plaqueta serial era "hechiza" y los remaches que la aseguraban no eran los originales. El vehículo según el informe, pertenece al señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, con cédula de ciudadanía número 13.880.980 de Barrancabermeja. Igualmente en esa fecha se elaboró el inventario del mismo dejando expresa constancia de que "se encuentra en buenas condiciones de latas y pintura". Tal información se registra en los documentos de parte e inventario originales visibles a los folios 1 y 2 y en la fotocopia del oficio de fecha 24 de mayo/85 visible al folio 62.

"B. El Comandante de la Estación de Policía Vial mediante oficios Nos. 0575 del 25 de mayo de 1985, pone el automotor a disposición del Comandante de la Sección de Policía Judicial y en esa fecha el grupo de automotores de dicha entidad realiza el estudio técnico número 0443, dando como resultado que el número del motor 044830 no es el original y la plaqueta es falsificada; que el número de serie 36777 es regrabado y no corresponde a la morfología utilizada por la casa fabricante, perteneciendo a un vehículo marca RENAULT 12; igualmente el número de chasis 973592020 es falsificado y no corresponde al tipo de vehículo; por último, la plaqueta de producción que lleva el número 709577-1170 corresponde a un RENAULT 12.

"Es importante anotar que los documentos que comprueban lo anterior se encuentran a los folios 63 y 64 del expediente y aunque la nota de autenticación puesta al reverso de los mismos no se encuentra firmada, tales documentos se deben presumir auténticos porque quien la debía suscribir es la misma persona que los envía al Tribunal mediante oficio 1308 de agosto 4 de 1988, visible al folio 66 en original, con firma autógrafa y en el cual hace expresa mención a su autenticidad.

"C.– Por medio del Oficio número 0610 de 20 de septiembre de 1985 visible al folio 65, la Policía Judicial pone a disposición del señor Juez de Instrucción Penal Aduanero (Reparto) al automotor retenido por presunción de contrabando ya que las plaquetas de identificación no coinciden, no figura en el kárdex de vehículos hurtados y pese a la manifestación de sus tenedores de haberlo reconstruido, no existe en el historial que reposa en las oficinas de tránsito de Bucaramanga y Barrancabermeja, ningún antecedente al respecto. El conocimiento del asunto corresponde en la actualidad al juzgado Segundo de Distrito Penal Aduanero, sumario que se halla radicado bajo el No. 4.181 y que consta de 467 folios, según se certifica en oficio No. 1.598 de octubre 10/88, procedente del mencionado despacho. (Fl. 107).

"D.– Conforme a la tarjeta de empadronamiento que en fotocopia auténtica expide la Dirección de Tránsito de Barrancabermeja y visible a los folios 73 y 74, el último propietario inscrito del vehículo a 30 de abril de 1988, es el señor Jorge Luis Carreño Gil y sus características de identificación son: Placas XK6746, Marca Dacia, 1300, Motor 044830, Chasis No. 707577, Serial No. 3732077.

"Como se observa a primera vista, los números de chasis y serial no coinciden con los detectados en el vehículo por el estudio técnico realizado por el grupo de automotores de la Policía Judicial a que ya se hizo referencia.

"E.– De acuerdo al oficio fechado el 2 de agosto de 1988 y expedido por el Gerente de la Empresa Tax Pipatón visible al folio 58, el vehículo había sido desvinculado del servicio público de dicha empresa desde el 2 de abril de 1985.

"F. A los folios 3 y 4 del expediente aparecen fotocopias de las actas levantadas con ocasión de las dos inspecciones judiciales que por conducto de una Abogada Visitadora de la Procuraduría del Distrito Judicial, se realizaron a los lugares donde fué depositado el vehículo retenido a fin de constatar el estado del mismo. La primera de tales inspecciones se realizó el 12 de septiembre de 1985 en el parqueadero utilizado por la Policía para guardar los vehículos retenidos. En esta diligencia se dejó constancia de que al automotor le habían sido cambiadas las placas, manifestando el demandante que había sido utilizado y golpeado haciendo una descripción de los daños.

"Vale la pena anotar que la abogada visitadora no tuvo el cuidado de tomar otros datos que permitieran la identificación plena de las características del vehículo.

"La segunda diligencia de inspección se realizó el 5 de diciembre de 1985 a las dependencias del almacén del Fondo Rotatorio de la Aduana, lugar al que había sido llevado después de ponerlo a disposición de la justicia penal aduanera. En esta diligencia se describen nuevamente los deterioros del automotor dejando constancia del propietario del buen estado en que se encontraba en el momento de la retención.

"G.– Al folio 20 encontramos el oficio enviado por la Procuraduría Regional del Distrito Judicial, dando cuenta de la queja presentada por el señor Jorge Luis Carreño Gil contra la Policía Nacional, la cual fué enviada el 21 de noviembre de 1985 al Procurador Delegado de la Policía Nacional por competencia.

"H. A los folios 39 a 41 corren las declaraciones bajo juramento rendidas por Jesús Parra Arciniegas, Luis Enrique Blanco Vera y Roque

Julio Barajas Joya, quienes refieren los arreglos que en materia de latonería, pintura, tapicería y partes eléctricas, hicieron al vehículo entre los meses de febrero y abril de 1985.

"Igualmente a los folios 44 a 46 vto y 91 a 94 y 108 a 109, se encuentran los testimonios de Alfredo Mayorga Lizarazo, Jual Alirio Cabeza Vera, Pedro Quintero Carreño, Luis Alberto Carreño Becerra, Jorge López, Gerardo Sánchez y Luis Alirio Carreño Gil, que dan cuenta de la forma como Jorge Luis adquirió el vehículo en mención, y lo sometió a las reparaciones necesarias para ponerlo en condiciones de ser utilizado en el servicio público.

"El actor dirige su demanda contra la Nación Policía Nacional solicitando el pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de diez millones de pesos, teniendo en cuenta que al momento de la retención el vehículo se encontraba en buenas condiciones y fué estrellado en manos de la Policía antes de ser puesto a disposición del Juez competente para que investigara el presunto delito de contrabando.

"Indudablemente de la prueba testimonial y de la constancia dejada en el acta de inventario practicado por las autoridades que lo retuvieron, se deduce que el vehículo se encontraba en buenas condiciones por lo menos en su aspecto externo, ya que sobre su estado de funcionamiento mecánico nada se dijo.

"De otra parte se estableció plenamente que el automotor permaneció en poder de la Policía Judicial desde el 25 de mayo hasta el 20 de septiembre de 1985, porque sólo hasta esta fecha es puesto a disposición de las autoridades de la jurisdicción aduanera y según las actas de inspección practicadas por la Procuraduría en los lugares de retención, éste presentaba serios deterioros en sus latas y accesorios. Sin embargo, no existe claridad sobre la causa específica de los mismos, porque la afirmación del demandante en el sentido de que fué estrellado aparece huérfana de comprobación y los daños bien pudieron obedecer a otras causas, como el saqueo, o la exposición continuada a los agentes climatológicos.

"Ahora bien: para que se pueda declarar la responsabilidad de la Nación por un daño causado al derecho de un particular es necesario que se estructuren a cabalidad los tres elementos que conforman dicha noción a saber: a) Una actuación irregular de la administración que se pueda concretar en una falla del servicio. b) Un daño real especial, anormal a un derecho protegido por la Ley y c) Un nexo de causalidad, esto es, que el daño sea un efecto o consecuencia directa de la actuación administrativa.

"En el presente caso existió una actuación o un proceder de la administración consistente en la retención del vehículo marca Dacia, Modelo 1973, Placas XK-6746, de propiedad de Jorge Luis Carreño Gil, llevada a cabo por la autoridad competente (Policía Vial), al observar que algunas de sus características de identificación presentaban alteraciones, a fin de someterlo a investigación, situación que vino a corroborarse a través de las pruebas técnicas realizadas por el grupo de automotores de la Policía Judicial mediante las cuales se detectó adulteración en algunas de las plaquetas de identificación del automotor y que llevaron a las autoridades a remitir el caso a la justicia penal aduanera a fin de que se investigara un posible delito de contrabando. En efecto, la jurisdicción aduanera abrió investigación y el sumario se encuentra radicado bajo el número 4181 en el Juzgado 2o. de Distrito Penal Aduanero de esta ciudad y consta en la actualidad de 467 folios, según se desprende del oficio visible al folio 107.

"Con el fin de aclarar la situación jurídica del mencionado vehículo, por auto de 11 de julio de 1988 se ordenó oficiar a la justicia penal aduanera a fin de que se compulsaran copias auténticas y completas del proceso penal; pero según reza la parte final del oficio en referencia, ninguno de los interesados compareció a sufragar los gastos que dicha expedición causaba.

"Así las cosas, en el expediente se carece de la prueba idónea que demuestre que la investigación iniciada haya concluido exonerando de responsabilidad al demandante o de que el automotor fuese devuelto. Es obvio que mientras esto no suceda no puede abrirse la posibilidad para Jorge Luis Carreño Gil de reclamar perjuicios a cargo de la Nación porque una de las características que debe reunir el daño para que de lugar a la exigencia de la responsabilidad del estado es la de que efectúe una situación amparada jurídicamente. En el caso de autos el derecho de propiedad del señor Jorge Luis Carreño Gil sobre el automotor está siendo investigado o dicho de otra manera, se encuentra *sub judice* y mal podría predicarse que en estas condiciones sea titular del derecho a exigir indemnización, pues del acervo probatorio aparece que la actuación de la autoridad a retener el vehículo es completamente justificada y se llevó a cabo en ejercicio de las facultades legales que la Policía tiene.

"No existiendo prueba de que la administración procedió irregularmente tampoco puede estructurarse la falla del servicio y en consecuencia, no puede generarse ninguna indemnización a cargo de la administración. Por lo tanto las pretensiones deben ser denegadas.

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

"FALLA:

"DENIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

"Condénase en costas al demandante. Tásense". (folios 151 a 162 Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 178 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece 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 universo:

"1) LUIS CARREÑO GIL elevó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, contra la Nación, Ministerio de Defensa, en buscar de obtener una decisión favorable a través de la cual se declare al ente de derecho público responsable de los daños causados a un vehículo de su propiedad, y consecuencialmente se le condene a pagar los daños y perjuicios sufridos.

"2) El proceso se adelantó en forma normal, es decir, se practicaron las pruebas pedidas por la parte demandante y algunas por la parte demandada, incluyendo alegatos y demás consideraciones de orden procesal.

"3) Llegado el momento de emitir el fallo, dos de los cuatro Magistrados que componen la Sala de decisión, optaron por la degeneración de las pretensiones, mientras que el ponente presentó salvamento de voto por no compartir la tesis sostenida por sus compañeros de Sala. El cuarto Magistrado no aparece firmando la providencia por cuanto, como allí se informa "Ausente por enfermedad".

"4) Quienes firmaron el fallo denegatorio, lo hicieron sobre la base de que no obstante oficiarse a la Justicia Penal Aduanera para que compulsaran las copias correspondientes de un proceso penal aduanero que en esta jurisdicción se adelanta. Ninguno de los interesados compareció a sufragar los gastos que dicha expedición causaba".

"Sobre el particular debo dejar constancia que la parte demandante jamás solicitó tal prueba. Como consta en el proceso, esta prueba fue pedida por la parte demandada quien no la aportó como era su deber.

"En cuanto concierne a este punto cuarto debo manifestar lo siguiente:

"a) La parte demandante en ningún momento pidió que se compulsaran copias por parte de la Justicia Penal Aduanera.

"b) Fue la parte demandada quien las solicitó pero no las allegó por las razones al parecer anotadas por el Tribunal.

"c) La parte demandante no tenía ninguna obligación de acompañar unas pruebas que jamás solicitó y menos pagar derechos para su autenticación.

"d) Sancionar a la parte que no pidió la prueba es injusto e ilegal, pues se abriría una brecha que conduciría a que la parte demandante o demandada solicitara alguna prueba y no la aportara para que el fallo se produjera en contra de quien no pidió la prueba como en el caso que se examina.

"5) Dice la providencia que el expediente carece de prueba idónea que demuestre que la investigación iniciada haya concluido exonerando de responsabilidad al demandante.

"Si verdaderamente el fallo de la Justicia Aduanera hace inferir la comisión de un delito penal, el Tribunal ha debido dar aplicación al artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, esto es, suspender totalmente la sentencia, y, consecuentemente, el proceso. Dice la doctrina que entre los procesos de una misma jurisdicción, o de distintas jurisdicciones, pueden existir relaciones estrechas de incidencia mutua, en forma tal que la decisión en uno puede influir sustancialmente en la decisión del otro, por cuyo motivo la sentencia de éste no debe dictarse mientras no se conozca la decisión de la cuestión previa.

"6) Expresa el *a-quo* en la providencia recurrida que "Así las cosas, en el expediente se carece de la prueba idónea que demuestre que la investigación iniciada haya concluído exonerando de responsabilidad al demandante o de que el automotor fuese devuelto.

"Es obvio que mientras esto no suceda no puede abrirse la posibilidad para Jorge Luis Carreño Gil de reclamar perjuicios a cargo de la Nación porque una de las características que debe reunir el daño para que dé lugar a la exigencia de la responsabilidad del estado es la de que efectúe una situación amparada jurídicamente. En el caso de autos el derecho de propiedad del señor JORGE LUIS CARREÑO GIL sobre el automotor está siendo investigado o dicho de otra manera, se encuentra, *sub-judice* y mal podría predicarse que en estas condiciones sea titular del derecho a exigir indemnización, pues del acervo probatorio aparece que la actuación de la autoridad al retener el vehículo es completamente justificada y se llevó a cabo en ejercicio de las facultades legales que la Policía tiene".

"7) Sin la menor duda ni la menor vacilación debo manifestar que el Tribunal no examinó el aporte de pruebas de la parte demandante pues en parte alguna aparece consignado los razonamientos jurídicos con respecto a los testimonios que se receptaron como los de ENRIQUE BLANCO, ALIRIO CARREÑO, ALFONSO GUTIERREZ, el acta de inventario del vehículo, la inspección judicial practicada por la Procuraduría Regional, probanzas que demuestran de manera meridiana los hechos y las pretensiones alegadas en la demanda.

"Manifestar el *a-quo* que se carece de prueba idónea sobre la base de una investigación, significa desconocer la prueba recogida en el proceso y presumir una responsabilidad penal que no aparece en ningún momento demostrada en las diligencias.

"Es por ello que el Magistrado que salvó el voto se pronuncia de la siguiente manera: "Después de examinar el acervo probatorio y evaluar las pruebas que hasta acá se han mencionado no se encontró pronunciamiento definitivo alguno de la jurisdicción penal aduanera, en donde se establezca que las razones inicialmente aducidas para la retención hubieran culminado con sentencia".

"Sirvan estas someras consideraciones para pedir de los Honorables Consejeros se dignen revocar la sentencia objeto de la alzada, y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda". (Cdno. No. 1 folios 178 a 181).

– III –

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION –POLICIA NACIONAL–

Dentro del término que le brindó la ley, alegó de conclusión, para destacar:

"El fallo apelado debe confirmarse.

"LEGALIDAD DE LA ACTUACION

"El artículo 3o. del Decreto 1344 de 1970, Código de Tránsito y Transporte vigente para el momento de los hechos señala cuales son las autoridades de tránsito entre las cuales se encuentra la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de Policía Vial y Policía Urbana de tránsito.

"El actual Código de tránsito y transporte, Decreto 1809 de 1990 también incluye a la Policía Nacional como autoridad de tránsito.

"De conformidad a las normas anteriores, fué que el agente policial actuó el día 24 de mayo de 1985, teniendo en cuenta además que el vehículo retenido presentaba irregularidades en su sistema de identificación.

"Con fecha 25 de mayo del mismo año, el señor Comandante de la Estación de la Policía Vial de Santander remitió a la sección de la Dijin el referido automotor para la iniciación de la correspondiente investigación.

"Ahora bien, por causa de actos jurisdiccionales proferidos por funcionarios del F–2 (Policía Judicial) que se encuentran investidos del doble carácter de funcionarios administrativos y de instrucción criminal, al practicar operativos que conllevan o bien la retención de vehículos o la detención precautelativa de personas la sindicación y la investigación penal originan perjuicios, los que no pueden desvincularse del acto jurisdiccional. La administración no puede ser responsable por los perjuicios derivados de haber dado cumplimiento a los artículos 10 y 11 del C. de P. P., vigente al momento de los hechos. La misma ley ha consagrado la responsabilidad por "error judicial" a cargo del funcionario autor del acto jurisdiccional y no la administración conforme al artículo 40 del C. de P.C. el error Judicial no compromete la responsabilidad del Estado, es un riesgo a cargo del administrado.

"PREJUDICIALIDAD PENAL

"No puede hablarse de prejudicialidad pues lo que se discute es si la actuación de la Policía se ajustó o nó a derecho al haber retenido el vehículo y no los resultados mismos del proceso penal, los cuales pueden conducir a una absolución que por sí misma no convierte la actuación de la autoridad en ilegítima. No hubo falla del servicio pues la Policía hizo lo que tenía que hacer frente a las irregularidades que encontró el agente Segura Pérez y destacadas por el mismo juez Segundo del Distrito Penal Aduanero. Así:

"A folios 219 y 220 se encuentra el exámen técnico practicado al vehículo cuestionado, por el supervisor de peritos Miguel Jérez Barajas de la Dirección de Tránsito de la ciudad, donde anota entre otras cosas que la plaqueta que identifica al motor no es original, ni tampoco sus remaches, número de chasís, su plaqueta es original se encuentra golpeada y está asegurada con remaches no originales, no porta plaqueta de serie...".

"Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio debemos tener en cuenta si éste funcionó o nó funcionó y si con ocasión de ese mal funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de una persona.

"Del acervo probatorio recopilado se deduce que la actuación de la Policía fué legítima acorde con las circunstancias poniendo a disposición de los jueces competentes la investigación para su perfeccionamiento y decisión.

"Respetuosamente me permito transcribir el salvamento de voto de fecha 10 de septiembre de 1990, proferido por el Dr. Julio César Uribe Acosta en el fallo del 30 de agosto de 1990 proceso No. 5705, así:

"Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria, pues estimo que en el *sub-lite,* en puridad de verdad, no se dió la falla del servicio, pues ésta, como lo enseña el Profesor Jean Rivero, en su obra Derecho Administrativo, comporta grados, y, por lo mismo, debe reparar el daño sólo cuando ella es GRAVE.

"En el caso en comento se le dio esta entidad a la falta de cuidado del personal de Policía Judicial por la sola circunstancia de que requirió información, sobre la veracidad del manifiesto de importación No. 21304, a la Aduana de Barranquilla, cuando ha debido hacerlo a la de Cartagena. Dentro de éste marco la Corporación se torna muy sensible, en la interpretación de la conducta de la administración, y la comunidad resulta pagando hasta el mas leve descuido comtetido (sic) por ella.

"En el caso en comento se olvidó que el demandante dio lugar, inicialmente, a las sospechas de la Policía, pues transitaba entre las ciudades de Cali y Popayán con una sola placa y sin los documentos que acreditaban quién erea (sic) el propietario del automotor. Si posteriormente aportó el documento expedido por el Instituto de Transportes y Tránsito del Atlántico, en donde consta que el vehículo, luego de haber llenado los requisitos exigidos por el Intra Nacional y los del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito, tiene permiso para transitar con una sola placa, ello no deja sin reparos "su comportamiento. Por lo demás, por qué si el vehículo entró por el puerto de Cartagena, fue la autoridad de Barranquilla la que se ocupó de CONCEDER EL PERMISO PARA TRANSITAR? Esta realidad, seguramente, fue la que indujo a la Policía Judicial a encausar mal la correspondencia, pero ese desdase (sic) en la conducta, a mi juicio, no alcanza a estructurar la falla del servicio, como ya lo anoté en antes.

"En la sentencia se condena al pago de perjuicios morales con la tesis de que una persona se ve afectada en su honor cuando oficialmente se duda de su integridad, y se la somete a una investigación penal por presumirse que ha incurrido en un delito, así éste no sea de carácter criminal sino aduanero, la tesis así expuesta es demasiado amplia, peligrosa, y puede convertirse en fuente de impunidad, pues se le está

exigiendo a la autoridad que *ab initio acierte* en la determinación del responsable, pues si se equivoca, debe indemnizar. Por lo demás, quien investigó fue la autoridad aduanera, y, por lo mismo, si se consideraba que debía condenarse por tal motivo, ha debido ser ésta la demandada y no la Policía Nacional".

"Por las razones expuestas, solicito sea confirmado el fallo apelado".

– IV –

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo *OBSERVA:*

"En concepto de esta Fiscalía, el fallo recurrido debe ser confirmado, porque en el plenario no obra prueba idónea demostrativa de los elementos que configuran la responsabilidad administrativa por falla del servicio.

"1.– Aunque el *a-quo* parece dar por probados ciertos supuestos fácticos, esta agencia fiscal estima que algunos documentos allegados al proceso, no tiene valor probatorio.

"En efecto. Precisa el Tribunal en el punto D) de los considerandos:

"D.– Conforme a la tarjeta de empadronamiento que en fotocopia auténtica expide la Dirección de Tránsito de Barrancabermeja y visible a los folios 73 y 74, el último propietario inscrito del vehículo a 30 de abril de 1988, es el señor Jorge Luis Carreño Gil y sus características de identificación son: Placas XK-6746, Marca Dacia, 1300, Motor No. 044830, Chasis No. 707577, Serial No. 3732077".

"La presunta tarjeta de empadronamiento a la cual se hace referencia, carece de valor probatorio en la medida en que el citado documento que obra a folios 74 del expediente, corresponde a la fotocopia de un original que reposa en los archivos de la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja sin fecha cierta, sin sello oficial y sin firma autógrafa que amerite su autenticidad.

"Más adelante consigna el fallo:

"Indudablemente de la prueba testimonial y de la constancia dejada en el acta de inventario practicado por las autoridades que lo retuvieron, se deduce que el vehículo se encontraba en buenas condiciones por lo menos en su aspecto externo, ya que sobre su estado de funcionamiento mecánico nada se dijo".

"El acta de inventario a la cual se refiere el aparte transcrito, obra a folios 2 del proceso, como prueba aportada con la demanda. Dicho documento es apócrifo como quiera que, aunque aparece elaborado en original y en papel membreteado del Departamento de Policía – Estación Vial –, no está firmado por funcionario público que refrende su autenticidad.

"En síntesis, el actor no demostró con documento idóneo el estado en que se encontraba el vehículo, al momento de su retención. Como tampoco acreditó las condiciones en que se encontraba el automotor, cuando se le entregó por orden del Juzgado Segundo del Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga.

"2o. No están probados, pues, los daños causados al vehículo automotor, si se tiene en cuenta que la retención del mismo se produjo el 24 de mayo de 1985 y que con la demanda no se acompañó el acta de entrega del automóvil, en la cual se consignará el estado y las condiciones en que el actor lo recibía.

"Naturalmente que a folios 3 y 4 del informativo, obran sendas fotocopias de inspecciones "oculares", practicadas por la abogada visitadora de la Procuraduría Regional de Bucaramanga al vehículo retenido, donde se constatan deterioros y faltantes. Pero esas piezas procesales, contentivas de inspecciones prácticas como medidas anticipadas sin audiencia de la entidad pública demandada, están fechadas el 12 de septiembre de 1985 y el 5 de diciembre del mismo año, cuando aún no se había ordenado la entrega del automóvil al actor, ni éste lo había recibido oficialmente.

"3o.) Obran, además, en el informativo, las declaraciones de Jesús Parra Arciniégas (folio 39). Enrique Blanco (folio 39 vto.) Roque Julio Barajas Joya (folio 40 vto.), Alfredo Mayorga (folios 44), Julio Alirio Cabeza Vera (folio 44 Vto.), Pedro Quintero Carreño (folio 45 vto.), Jorge López Ardila (folio 92), Gerardo Sánchez (folio 91) y Luis Alirio Carreño Gil (folio 108), hermano del actor, ninguna de las cuales aporta calidad en torno a los hechos que produjeron los daños al vehículo. Los declarantes se limitan a expresar que el actor enajenó un inmueble de su propiedad para comprar un taxi "destartalado" y someterlo luego a costosa reparación, con un préstamo que le hizo su señor padre. Pero, en cuanto a los daños que presenta el vehículo, afirman por referencia lo que les consta, sin establecer la ciencia en su dicho.

"4o.) Respecto a las afirmaciones del actor, en el sentido de que el automotor fué estrellado en dos ocasiones por agentes policiales adscritos a Sijín, no dejan de ser simples afirmaciones sin respaldo probatorio serio.

"No están demostrados los fundamentos fácticos de la demanda en cuanto dice relación con una supuesta falla en el servicio por parte de la Sijín. De modo que al no haberse probado el daño, es apenas natural que tampoco surja el nexo causal entre el hecho dañoso y los supuestos perjuicios.

"5o.) La parte actora tampoco acreditó en forma adecuada su legitimación para accionar, en el entendimiento de que no comprobó la propiedad del vehículo. Sobre esta materia, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de agosto 30 de 1988, Expediente No. 5198, Actor: Delio López Giraldo, predicó:

" ... El contrato de compraventa de un vehículo automotor es consensual en el derecho colombiano. Dicho contrato constituye así el título adquisitivo del dominio. Pero como éste, por sí sólo, no transfiere la propiedad, se requiere la concurrencia de la tradición o modo de adquirir ese derecho, el que para tales muebles no es el ordinario propio de éstos (art. 754 del C.C.), sino el especial exigido por el artículo 922 del C. de Co.

"Quiso el legislador rodear esa tradición de una mayor solemnidad hasta el punto de hacerlo similar a la exigencia para la transferencia de inmuebles. En esa forma la inscripción de los automotores cumple, fuera de la finalidad anotada, otros efectos de alcance administrativo, impositivo y de publicidad, dada la importancia que para la economía nacional tiene el parque automotor.

"Contra lo que sucede en los contratos consensuales de – muebles en general, la compraventa de un vehículo automotor impone al vendedor una obligación de hacer adicional, cual es la de traditar el objeto vendido – mediante la inscripción en la oficina de tránsito correspondiente.

"La prueba del dominio para fines de legislación puede ser, entonces, la certificación de la oficina de tránsito en la que esté inscrito el automotor, o también la copia autenticada de la matrícula o tarjeta de propiedad; prueba ésta que proporciona una gran certeza porque su expedición está precedida, como lo dijo la Corte "de la previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de los demás requisitos legales exigidos para expedir el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar". (Sentencia de julio 21 de 1971). En otros términos, esa matrícula prueba que la inscripción del título del dominio se efectuó y que se hizo a nombre de la persona que figura en ella.

"Corrobora, lo expuesto la jurisprudencia de la Corte. Al efecto cabe destacar aparte del fallo de 10 de noviembre de 1976, del cual fué ponente el señor Magistrado Germán Giraldo Zuluaga.

"Allí se lee:

"En la actualidad y en relación con la enajenación comercial de automotores, mientras no se demuestre que el respectivo título de adquisición fué inscrito ante el competente funcionario de las oficinas de tránsito, la simple entrega del objeto enajenado no equivale a tradición del mismo. Por expreso mandato de la ley se exige, a más de la entrega, la inscripción del título, pues de otro modo la tradición no se opera totalmente. Demostrando únicamente la celebración del contrato de compraventa, no queda demostrado el dominio, ya que en el derecho colombiano los contratos, por sí solos, no mutan el derecho real de propiedad de una cabeza a otra, porque ellos solamente son fuente de obligaciones. Y como a partir de la vigencia del C. de Comercio actual, ya la sola entrega material no es manera de hacer la tradición del dominio de los automotores, para lograrla o cumplirla se requiere ahora también la inscripción del título o documento en que consta el contrato de enajenación. Como Velásquez y Soto – probaron el contrato y la entrega del camión únicamente, se quedaron en la mitad del camino, puesto que no acreditaron haber hecho la tradición, de éste, desde luego que para acreditarla no aportaron la probanza de que el contrato de compraventa hubiera sido inscrito como lo impera el parágrafo del artículo 922 del C. de Comercio".

"En el caso de autos no obran ni la certificación de la oficina de tránsito en la que está inscrito el automóvil, ni la copia autenticada de la matrícula o tarjeta profesional. Ni podría sostenerse que las providencias que obran a folios 184 y 191 del expediente, dictadas por el Juzgado Segundo de Distrito Penal Aduanero y el Juzgado Superior de Aduanas, respectivamente, constituyan prueba idónea de propiedad del automotor.

"En consecuencia, el actor no demostró la calidad de propietario del vehículo por cuyos daños reclama indemnización, razón por la cual carecería de titularidad de la acción.

– V –

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Dentro del presente proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que el día 24 de mayo de 1985 fue retenido por la Policía Vial el automóvil marca Dacia, modelo 73, motor 044830, conducido por el Señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, habiéndose suscrito por la autoridad correspondiente el Acta de Inventario (Cdno. No. 1 Fol 2), en la cual se dejó la siguiente OBSERVACION: "El vehículo se encuentra en buenas condiciones de latas y pintura, las defensas nuevas con sus respectivas bomperetas, tiene el distintivo de taxi con su respectiva base sobre el vehículo". La retención se debió a la circunstancia de que el automóvil tenía "... la plaqueta que identifica la unidad regrabada..." y no poseía "... los sistemas originales que la aseguran...", como se lee en el citado documento;

SEGUNDA. Que el día doce (12) de Septiembre de 1985, la Abogada Visitadora de la Procuraduría Regional, en compañía del CS Efraín Cortés Cortes, Jefe de automotores de la Sijin y del Señor Jorge Luis Carreño Gil, se trasladaron al parqueadero en donde se encontraba el vehículo retenido habiendo verificado lo siguiente:

> "A continuación se procedió a inspeccionar el vehículo en mención, constatando que le fueron quitadas las placas XK 67-46 y cambiadas por la placa UW 0745. Se abrió el capó y se observó que el motor presenta señales de ácido de la bateria, el aceite del motor se encuentra regado sobre éste y completamente negro, en este estado afirma el señor CARREÑO que el carro ha sido utilizado y que la bateria no es la que tenía el carro cuando fué retenido. También deja constancia el señor Carreño que la llanta de repuesto no es la misma que él tenía, puesto que era nueve y la que se encuentra en el baúl está destrozada, no se encontró la tapa de la fusiblera, un escudo del timón, el cojín del chofer está perforado, no se encontró el encendedor y los cables de éste se observan sueltos, el limpiabrisas derecho está suelto, el capó hundido. A continuación el Señor Carreño señala la puerta trasera izquierda y la na e (sic) del mismo lado indicando que fueron golpeadas y la macilla se está chitiando, afirma el señor Carreño dentro de esta diligencia, que el vió el carro golpeado cuando estaba parqueado en la calle 41 entre carreras 10 y 11 a las seis de la mañana, como a los quince días de la retención, y que si no está mal informado el carro lo arreglaron en un taller de la puerta del sol, un taller particular...".

TERCERA. Que el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la Sección de Policía Judicial e investigaciones—Grupo Automotores, por Oficio Nro. 0610, puso a disposición del Juez de Instrucción Penal Aduanero, en el Fondo Rotatorio de la Aduana, y por presunción de contrabando, el vehículo cuyas características ya fueron descritas; (Cdno. No. 1, fol. 65);

CUARTA. Que el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la Abogada Visitadora de la Procuraduría Regional, se

trasladó al ALMACEN DEL FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA, con el fin de practicar inspección al referido vehículo, habiendo levantado el acta que obra al fol. 4 del Cuaderno Nro. 1 en el cual, y en lo pertinente, se lee:

"... procedió a revisar la parte correspondiente al motor del vehículo, constatando que las plaquetas de identificación, aparecen golpeadas, al parecer por martillo, la plaqueta de identificación del motor, señala el propietario le fue cambiada por una más ancha ya que la original no tenía los números 820-99 además que estaba asegurada por cuatro (4) remaches y ahora tiene dos remaches, uno en cada extremo. Se observó que la base a la planta estaba soldada, el relay no es de Renault. Los aros de las unidades se encuentran en mal estado, el de la izquierda se encuentra remachado y el de la derecha partido. La careta delantera está abollada y remendada, los laterales interiores en la parte que ensamblan con la careta delantera tiene la macilla chitiada, tienen puntos de soldadura con acetileno, encontrándose la pintura quemada. La defensa afirma el propietario no es la misma que cuando le fue retenido el vehículo, así mismo que le cambiaron el direccional izquierdo el cual aparece de un solo color y el derecho en dos colores, blanco y amarillo. La persiana está partida. Dentro del automotor se observó, el tapizado del asiento trasero roto, la consola destrozada, así como el puente de las gabetas, faltan los guardapolvos izquierdos y la tapa de la gasolina.

"Me informó el Jefe de Almacén que el carro había sido llevado por una grúa ya que no prende. En este estado de la diligencia agrega el propietario del vehículo que éste tenía un día de haber sido pintado cuando se lo quitaron, estaba como nuevo, recién latoneado y pintado, donde se le cambiaron las dos caretas y las naves nuevas, como sus defensas, tapizado nuevo, instalaciones eléctricas nuevas, por otra parte hacía como un mes que había sido revisado para el traspaso donde las improntas del motor que hay en ese traspaso no concuerdan en lo más mínimo con la plaqueta que tiene actualmente el vehículo, pero cuando me fue retenido el vehículo poseía la misma plaqueta que tenía cuando el revisado.

"Hago responsables al grupo automotores de la Sijin de Santander de todos los daños que tiene actualmente el vehículo y del cambio de la plaqueta de identificación del motor".

QUINTA. Que el día trece (13) de Octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Juzgado Segundo de Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga, en providencia calendada en esa misma fecha, ordenó el cese de todo procedimiento penal aduanero en favor de Bernardo Pérez Angarita, Jorge Luis Carreño Gil y Luis Felipe Figueredo Calderón, sindicados del presunto delito de contrabando y ordenó LA ENTREGA del automóvil Dacia 1.300,

color amarillo y negro, modelo 1973 y de placas No. XK–6746 a su legítimo propietario el señor JORGE LUIS CARREÑO GIL "... por considerar el Juzgado que el citado automotor fué legalmente importado al país y por ende no es de contrabando...".

SEXTA. Que el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Juzgado Superior de Aduanas confirmó la decisión a que se hizo referencia en el aparte anterior.

SEPTIMA. Que el día 21 de diciembre de 1987 el Fondo Rotatorio de Aduanas devolvió al Señor Jorge Luis Carreño Gil, el automóvil Dacia, como consta en el Acta que suscribió ese mismo día y que obra al folio 214 del Cdno. No. 1.

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester valorar a lo largo de este proveído, la Sala entra a desatar el presente conflicto de intereses, precisando sí, que estudiará la falla del servicio, imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, que se registró en el período transcurrido entre el día 24 de mayo de 1985, momento en el tiempo físico en que se decomisó el automóvil, y el día 24 de septiembre del mismo año, cuando se entregó el bien al Juez de Instrucción Penal Aduanero, por presunción de contrabando. Lo ocurrido a partir de ese momento, y hasta el 21 de diciembre de 1987, no puede calificarse como antijurídico, porque fué el tiempo necesario, que la justicia aduanera utilizó, para definir si se había tipificado o no el delito de contrabando. Por lo demás, en el caso en comento el demandante no vinculó al proceso la autoridad aduanera, cuya conducta, se repite, resulta ajena al presente diferendo.

Para la Sala es verdad probada que la Policía retuvo y conservó en su poder, por un término de cuatro meses, el vehículo de propiedad del demandante, el cual le fué entregado "en buenas condiciones de lata y pintura ..." y con "las defensas nuevas con sus respectivas bomperetas", como se lee en el ACTA DE INVENTARIO. No obstante esta realidad, para el día 12 de septiembre del mismo año, cuando la Visitadora de la Procuraduría Regional hizo la Inspección Ocular, ya registraba desperfectos, pues el capó se encontró hundido, la batería cambiada, lo mismo que la llanta de repuesto. Esta situación la volvió a vivenciar la misma funcionaria en la segunda inspección que hizo, el día cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, como se desprende de la lectura del acta que se levantó con tal motivo, en la cual, y en lo pertinente se lee:

> "Dentro del automotor se observó, el tapizado del asiento roto, la consola destrozada, así como el puente de las gabetas. Faltan los guardapolvos izquierdos y la tapa de la gasolina. *Me informó el Jefe del Almacén que el carro había sido llevado por una grúa ya que no prende* ..." (Subrayas de la Sala).

La prueba testimonial que se recepcionó durante el período probatorio también viene en apoyo de la realidad que se deja expuesta. Así, el señor PEDRO QUINTERO CARREÑO al ser interrogado acerca del tratamiento que la policía le dió al vehículo, dijo: "Lo trabajaron y lo estrellaron, lo andaban". En el mismo sentido depuso el señor JULIO ALIRIO CABEZA VERA, quien ilustra al fallador dentro del siguiente temperamento:

> "PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho, en qué estado se encontraba el carro antes de ser retenido por la Policía? CONTESTO: El carro se encontraba en buenas condiciones por pintura, tapizado, sistema eléctrico. PREGUNTADO. Sírvase decir al despacho, si usted sabe y le consta que estando bajo la responsabilidad de la Policía, el carro en mención fue averiado y de qué forma? CONTESTO: El día que lo ví tenía una puerta averiada, yo lo ví ahí en la calle que se iban en el carro y yo me quedé mirando ... Preguntado por el apoderado: Sírvase decirnos si usted tiene conocimiento a cuánto ascendieron los daños causados al vehículo en referencia por parte de las autoridades policiales? CONTESTO: No sé doctor, sé que está en mal estado, prácticamente eso está es podrido". (Cdno. No. 1 fol. 45).

Finalmente, en el Acta de Devolución del vehículo, se dejó constancia de que se recibió con cinco llantas en mal estado, cojinería en regular estado y pisos en mal estado.

Para la Sala no hay espacio para la duda que impida concluir que en el caso en comento se dió la falla del servicio. Se predica lo anterior, porque la autoridad policiva está obligada a entregar a la autoridad aduanera, en un término razonable, los vehículos que retienen por abrigar sospechas sobre su introducción legal al país. Pero no tiene sentido dejar pasar los meses y los días para cumplir con el deber jurídico de poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente. De menos recibo, todavía, que haya procedido a utilizar el vehículo como si fuera de su propiedad, y cuando no se registraban las circunstancias en que el ordenamiento legal autoriza la ocupación permanente o transitoria de los bienes de los particulares. La conciencia ciudadana se muestra particularmente sensible y mortificada cuando situaciones como la que se deja estudiada se registran en la vida diaria. El principio universal de derecho que enseña que las autoridades no pueden hacer sino aquello que les está expresamente permitido, mientras los particulares pueden moverse dentro de la órbita de lo que no les está prohibido, siendo ésto último sólo lo sancionado, cobra en este caso especial relievancia. El vehículo que se decomisó al demandante señor JORGE CARREÑO GIL, lo privó de los ingresos diarios, con los cuales atendía a su congrua subsistencia, y a la de su familia. Todo indica que esa realidad se reflejó en la marcha de su hogar, el cual padeció traumas en su marcha. Los perjuicios, pues, fueron CIERTOS y deben ser indemnizados, dentro del marco a que se hará referencia en otro aparte de este proveído.

C) El demandante señor Jorge Carreño Gil demostró, gracias a la prueba de oficio que decretó la Sala, ser propietario del automóvil Dacia. Al folio 65 del Cuaderno No. 2 obra el contrato de compraventa celebrado el día 22 de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, en que aparece como vendedor el Señor BERNARDO PEREZ y como adquirente el Señor Carreño Gil. Es verdad que el registro ante las autoridades del tránsito sólo se hizo el día treinta de abril de mil novecientos ochenta y ocho (Cdno. No. 1 fol. 74), pero esta circunstancia en nada incide para la definición de este conflicto de intereses, pues para casos como el presente es aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reiteradamente ha dicho que " ... el registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura ...". (Casación 23 de marzo de 1942 LIII, 258). Esta verdad jurídica lleva a la Sala a no hacer suya la perspectiva jurídica que expone la Fiscalía, en su concepto de fondo.

D) Para la cuantificación del daño, la Sala acoge el dictamen pericial que obra a folios 129 y siguientes, pero sólo en los siguientes rubros.

Se considera serio el experticio en cuanto fijó en $4.500.oo el lucro cesante, partiendo de la base de que el automóvil se trabajaba en dos jornadas, diurna y nocturna, durante veintiseis días al mes. Como estuvo en poder de la policía por cuatro meses, se debe liquidar un lucro cesante por ciento cuatro días, lo cual da un monto de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($468.000.oo), suma que se considera debida el día 24 de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), fecha en que se entregó el vehículo a la orden del Juez de Instrucción Penal Aduanero.

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la Sala encuentra de recibo el dictamen rendido por los auxiliares de la justicia, que no fué objetado, del cual se vivencia que los repuestos y la mano de obra montaban UN MILLON CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL OCHO PESOS ($1.153.008.oo), suma que también se considera debida a partir del día primero (1o.) de Abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), fecha en que se presentó el experticio, con lo cual se significó también que para esa fecha el vehículo no había sido reparado.

Las sumas anteriores se deberán cubrir con intereses comerciales, liquidados a partir del 24 de septiembre de 1985 para la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($468.000.oo), y desde el primero (1o.) de Abril de 1989), para la cantidad de UN MILLON CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL OCHO PESOS ($1.153.008.oo), y para ambas partidas hasta la ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses. La condena se hace en concreto, y para su cobro bastará adjuntar a la cuenta respectiva el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, sobre el monto del referido interés en los períodos ya indicados.

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

FALLA:

1o.) REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar,

RESUELVE:

A) Declárase que la NACION–MINISTERIO DE DEFENSA–POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales que se le ocasionaron al Señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, con motivo de la retención del automóvil marca DACIA, PLACAS XK 67-46, dentro del marco de circunstancias que se dejaron descritas a lo largo de este proveído.

b) Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a LA NACION –MINISTERIO DE DEFENSA– POLICIA NACIONAL, a pagar al Señor JORGE LUIS CARREÑO GIL, las siguientes sumas de dinero: a) La suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($468.000.co) por concepto de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante. Sobre esta suma se deberán reconocer intereses comerciales a partir del veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y hasta la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo el cuidado de no cobrar intereses de intereses; b) La suma de UN MILLON CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL OCHO PESOS ($1'153.008.oo), por concepto de daños materiales, en la modalidad de daño emergente. Sobre esta suma se deberán reconocer intereses comerciales a partir del primero (1o.) de Abril de mil novecientos ochenta y nueve (1 989) y hasta la ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

Esta condena se hace en concreto, y para su cobro bastará acompañar a la cuenta respectiva el certificado sobre el monto del interés en los períodos ya indicados, expedido por la Superintendencia Bancaria.

c) Se deniegan las demás pretensiones de la demanda;

d) Este fallo deberá ser cumplido en la forma establecida en los artículos 176 y 177 del C.C.A.;

e) Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cual de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CULPA DE LA VICTIMA—Improcedencia/ACTIVIDAD **PELIGROSA**

Si bien no puede desconocerse que la conducción de vehículos automotores da lugar a un régimen probatorio especial, que permite presumir la culpa del conductor en los accidentes, la peligrosidad de la actividad no puede tomarse con criterio absoluto, sino con el análisis en cada caso del hecho en sí mismo pero también, en las diversas circunstancias que giraron en torno a su producción. Si del acervo probatorio se infiere un comportamiento normal y prudente de la víctima, hasta tal punto de permitir establecer que el daño no es consecuencia de la misma, la presunción de peligrosidad pierde sus efectos incriminatorios. No fue acertada la presunción del Tribunal sobre la culpa de la víctima.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO

Si la carretera en la cual se produjo el percance es un bien nacional, al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y al Fondo Vial Nacional les corresponde su conservación y mantenimiento y sin duda, de su parte hubo descuido, imprevisión y mora en el hecho de realizar la reparación de la vía y al situar allí, explayada y con altura considerable, tierra y piedra, situación que vino a agravarse al omitir colocar señales e indicativos de peligro, a fin de alertar a los usuarios de ese servicio a cargo de la administración, permitiéndoles con un adecuado margen de seguridad adoptar las necesarias precauciones para sortear aquella amenaza a su integridad y a la de sus bienes; se impone tipificar tales circunstancias como falla en el servicio.

LEGITIMACION POR PASIVA/INTRA–Funciones/**AUTORIDAD DE TRANSITO/MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS**–Funciones/**FONDO VIAL NACIONAL**–Funciones

En razón de sus funciones, el Intra no está llamado a responder por accidentes de la naturaleza del que se estudia, ni por los perjuicios irrogados a los demandantes, en virtud de que no es autoridad de tránsito, ni le compete lo atinente a la construcción, señalización y mantenimiento de carreteras nacionales, funciones que legalmente se hallan adscritas al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y al Fondo Vial Nacional. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sentencia de noviembre 1 de 1991, Exp. 6342, Actora: Luz Marina Echeverri Bermudez de Trujillo y otros. Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6611. Actor: Elda Luz Orrego Agudelo y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 22 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual dispuso:

"1.– NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

"2.– COSTAS A CARGO DE LOS ACTORES". (Fol. 277 Cdno. No. 1).

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

Con fecha de 26 de abril de 1985 y 1o. de diciembre de 1986 ELDA LUZ ORREGO AGUDELO en su nombre y en representación de sus menores hijos BEATRIZ ELENA y BIBIANA FARLEY, por una parte y MARIA ELENA ROLDAN ROLDAN, DORALBA POSADA ROLDAN y ANTONIO POSADA ROLDAN por la otra, obrando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.A.A. en el Tribunal Administrativo de Antioquia, formularon demanda en contra de la Nación Colombiana, el FONDO VIAL NACIONAL y el INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE "INTRA".

Solicitó la parte actora declarar a tales entidades civil y solidariamente responsables de los daños y perjuicios de índole moral y material que se les causaron a raíz de la muerte de su cónyuge y padre, para los primeros nombrados y de su hijo y hermano, en el caso del segundo grupo familiar de los demandantes.

Según el libelo, la muerte de OSCAR DE JESUS POSADA ROLDAN se produjo a consecuencia de las graves heridas al accidentarse en la moto que conducía en las horas de la noche, del día 2 de diciembre de 1984. Hecho que se imputa a la falta de señalización y de conservación de la carretera nacional que de Medellín conduce a Cartagena, concretamente en el sitio denominado La Variante, en el Municipio de Yarumal, del Departamento de Antioquia.

Por esa razón, pidieron condenar a la administración a pagarles las siguientes sumas: Por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria del fallo, de 1.000 gramos de oro puro para cada uno de los demandantes.

Los daños materiales, para el primer grupo fueron estimados en siete millones de pesos y en subsidio, en cuatro mil gramos de oro puro para cada uno, de conformidad con lo establecido en los artículos 107 del C.P. y 8o. de la Ley 153 de 1887; para el segundo grupo familiar los daños por esta causa, se pidieron por el equivalente el valor de los honorarios del abogado que los represente en el *sub-lite,* tomando como base las tarifas para cuota *litis* establecidas por el Colegio de Abogados de Medellín.

La parte actora, pide que el pago de lo correspondiente a perjuicios materiales se haga en pesos de valor constante en relación con la variación del índice de precios al consumidor para ingresos medios que lleva el DANE y que a la decisión, se le dé cumplimiento conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A..

2. Fundamentos de hecho

Aparecen relaciones a los folios 35 a 38 y 8 a 11 de los Cuadernos 1 y 2, respectivamente y se reducen en síntesis a lo siguiente:

El occiso OSCAR DE JESUS POSADA ROLDAN, era hijo legítimo de MARIA ELENA ROLDAN ROLDAN y hermano carnal de DORALBA y ANTONIO POSADA ROLDAN. Contrajo matrimonio con ELDA LUZ ORREGO AGUDELO, menor que aquél y en esa unión, nacieron las menores BEATRIZ ELENA, el 16 de enero de 1980 y BIBIANA FERLEY, el 1 de octubre de 1982.

Se desempeñaba como contratista en el taller "Radio Star", además era experto en electrónica y mecánica de motocicletas en general; devengaba cuarenta mil pesos mensuales" que en no menos del 75% empleaba en el sostenimiento de su esposa y dos hijos". Al morir contaba con 28 años de edad y su expectativa de vida probable era de 50 años.

Al producirse la tragedia, los demandantes se vieron privados de la compañía de su ser querido, la cual afectó sustancialmente los vínculos de amor y fraternidad de la familia; su viuda y dos hijos, son personas pobres y sufrieron la pérdida absoluta de la ayuda económica que aquél les proporcionaba así como lo gastado en médicos y hospital y en sus honras fúnebres.

El accidente que dió origen a este proceso, está relatado así en aquéllas demandas acumuladas:

"1.– LA NACION (Fondo Nacional de Inmuebles Nacionales), es propietaria de la CARRETERA TRONCAL DE OCCIDENTE, buena parte de la cual une a Medellín con Cartagena.

"2. La conservación o mantenimiento de la vía y su señalización, corresponde a la NACION (Ministerio de Obras Públicas y Transporte), al FONDO VIAL NACIONAL y al INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPORTE, "INTRA", (Policía Vial Nacional).

"3. Llegando a Yarumal, por la "VARIANTE", casi al cruce con la quebrada "YARUMALITO", se hundió y derrumbó, desde hace más de dos años, parte de la carretera.

"3.1. Este hundimiento y derrumbe coincide con una triple curva de la vía: dos horizontales y otra vertical, continuas.

"3.2. Defecto de construcción que hace casi imposible la percepción del peligro de parte de los conductores.

"3.3. Sobre todo en horas de la noche.

"3.4. Y, más aún, cuando hay neblina o viene otro vehículo por el carril contrario.

"4. No obstante lo aludido, repito, que el hundimiento y derrumbe se produjo desde hace más de dos años y la dificultad de percibir el 'accidente' dado el defecto de construcción de la vía:

"4.1. Ni se ha reparado en todo el tiempo corrido desde cuando se presentó el daño;

"4.2. A pesar de que desde hace más de tres años se viene cobrando peaje para el mantenimiento de la carretera, y, lo que es todavía más grave,

"4.3. No se ha colocado ni una señal de peligro como lo manda la Convención de Viena y las normas del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE y lo exige el deber de protección de los residentes en el país que tienen las autoridades de la República.

"4.4. Lo único que ha hecho el MINISTERIO fue echar, ya hace tiempo, varias volquetas de piedra sobre la banca de la calzada, alrededor del hueco de la vía, y con ello.

"4.5. Si el usuario no se mata en el hueco se mata contra los cúmulos de piedra que ocupan la carretera,

"4.6. Por lo que el 'remedio' resulta tanto o más grave que la 'enfermedad'.

"5. Por las anteriores causas se han presentado varios accidentes en el sitio en mención con saldo de muertos, heridos y cuantiosas pérdidas económicas, el último de ellos el 2 de diciembre último.

"5.1. En la fecha en mención viajaba en Medellín a Yarumal, en Motocicleta, el señor OSCAR DE JESUS POSADA ROLDAN.

"5.2. Cerca de Yarumal, en el sitio antes indicado, se estrelló contra los montones de piedra que el MINISTERIO DE OBRAS puso sobre la vía y se mató.

"5.3. POSADA ROLDAN iba a velocidad prudente.

"5.4. Pero como es casi imposible percibir el obstáculos ya que queda en una triple curva, había esa noche neblina y en sentido contrario venía un bus y no había señales de ninguna clase, se chocó contra el obstáculo, que aún hoy, sigue allí, como mudo testigo del desgreño administrativo que padecemos los Colombianos, y del poco respeto que las autoridades, MINISTERIO DE OBRAS, FONDO VIAL NACIONAL, 'INTRA', POLICIA VIAL, tienen por la vida e integridad personal y bienes de los usuarios de las carreteras del país". (Fols. 35 a 38 Cdno. 1).

3. El Trámite

Notificado el auto admisorio de la demanda, la apoderada judicial del Intra se presentó para manifestar que su representada carece de vocación para intervenir en el proceso, en virtud de que no tiene adscrita ni vinculada a la Policía Vial, ni le corresponde la señalización de las carreteras nacionales, como puede verse de las funciones que tiene atribuídas en los Decretos 770 de 1968 y 1393 de 1970, que acompañó a su memorial en fotocopia simple.

A su vez la Nación y el Fondo Vial Nacional, también por conducto de apoderado respondieron la demanda. En su escrito, reconocen que la vía en que se presentaron los hechos es de propiedad de aquella; que los derrumbes y hundimientos de esa carretera no se pueden señalizar de manera inmediata y que pueden constituír un caso fortuito ó de fuerza mayor; que los elementos de señalización frecuentemente son robados y que; la conducción de moticicletas es una actividad peligrosa que se asume a riesgo de quien la conduce. Propuso la excepción de "culpa de la víctima".

Agotado el período de instrucción, se dio traslado del proceso para que las partes alegaran de conclusión, guardando silencio tanto la parte actora como el Intra.

En el momento procesal oportuno, la Nación y el Fondo Vial Nacional presentaron el memorial visible a los folios 210 a 218 del Cuaderno 2. La Fiscalía conceptúo en escrito de folios 227 a 232 ibídem, en contra de las pretensiones de la demanda.

La Corporación, al resolver la apelación propuesta en esa materia, decretó la acumulación de los procesos que ahora se resuelven, en auto de 5 de julio de 1990.

4. La sentencia recurrida

a. En el fallo visible a los folios 263 a 277 ibídem, previo el examen de las disposiciones que señalan las funciones encomendadas al Intra, el *a-quo* concluye que esa entidad carece de legitimación en la causa y por ese defecto sustancial, resuelve negar las pretensiones formuladas en contra de dicho Instituto.

b. Para arribar a la decisión apelada, el Tribunal tomó con especial consideración los siguientes elementos de juicio:

Que del análisis de algunos de los medios de prueba allegados al proceso, es la primera conclusión: "QUEDA CLARO DE TODOS MODOS QUE EN LA CARRETERA SOLIAN PRESENTAR DERRUMBES O MONTICULOS DE TIERRA". (Destacados de la Sala).

Probado el primero de los elementos que estructuran la falla del servicio, en razón de que la administración no reparaba los derrumbes ni removía los montículos de tierra que colocaba sobre la vía, se indaga el fallador así: ¿Los había al momento del accidente? ¿Y en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar ocurrió éste?

Con la prueba testimonial recaucada en el expediente despeja tales interrogantes y obtiene esta conclusión: "ASI LAS COSAS, SE DEMOSTRO

QUE EL ACCIDENTE SE PRESENTO CERCA DE LA MENCIONADA FINCA 'LA PORTADA. Y QUE ALLI SE HABIA ACUMULADO UN MONTON DE TIERRA". (Destacados de la Sala).

Acreditada en esos términos la falla del servicio de cargo de la administración, el daño o la lesión y su íntima y directa relación de causalidad, no obstante, el Tribunal considera que hay lugar a presumir que el accidente se haya producido por culpa de la víctima y con base en esa hipótesis, carente de respaldo probatorio, resuelve negar las pretensiones de las demandas, previas estas consideraciones finales:

"¿Se precipitó Oscar de Jesús Posada contra dicha tierra? ¿Alguien vio, que realmente, fue 'encandelillado' por el Bus que venía hacia Medellín? ¿A qué velocidad y en qué estado conducía? ¿Portaba, en efecto, el casco protector? ¿Fue, tal vez, alguna acción torpe suya la que lo hizo caer sobre la vía? No hay ninguna prueba directa, clara y contundente al respecto. Ya se vio como Juan Meneses afirma que 'Dijeron... que según lo había encandelillado otro carro', pero no indica quién no quiénes le contaron tal cosa y cómo y en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar se enteraron. Esto es, no da la razón del 'dicho, que dice haber escuchado". (Fol. 274 Cdno. 1).

Practicada la crítica valorativa del testimonio rendido por GUILLERMO GONZALEZ, testigo único presencial en los hechos, el a-quo advierte que al igual que a su colaborador Fiscal, le asaltan serias dudas sobre la credibilidad de su declaración. Duda que resulta reforzada, al hacer la siguiente confrontación con otro testimonio.

"5.3. Jesús Gutiérrez dice que Oscar portaba el casco el día en referencia. González, el singular declarante relata en cambio que 'en ese momento no me fijé si llevaba o no llevaba casco'. Lo más probable es que no lo llevara, por cuanto la motocicleta en que se movilizaba no era suya, le había sido prestada: 'Oscar de Jesús Posada se movilizaba en una moto 100 Kawazaki, esa moto es del muchacho Jairo, no me acuerdo el apellido...'. Y es probable igualmente, por la misma razón, que no tuviese licencia de conducción (No existe tampoco ninguna prueba respecto de la existencia de tal licencia).

"5.4. En las demandas se hace mención de accidentes anteriores en el sitio del hecho. No obstante, la prueba documental y testimonial allegada a los autos no da cuenta de ello.

Finalmente, asume el fallo en cuestión que: "En consecuencia, no se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las cosas. Los interrogantes formulados atrás sobre aspectos tales como estos: ¿Se estrelló Oscar contra la tierra?. ¿Fue el exceso de velocidad o algún movimiento torpe suyo lo que ocasionó la tragedia?. Estaba autorizado para conducir y conocía por ende del manejo de una motocicleta de semejantes

dimensiones (kawasaki de 100 centímetros cúbicos)?, no fueron despejados. No hay, en síntesis ninguna certeza sobre el particular". (Fol. 276).

5. Alegaciones en la segunda instancia

Inconforme con el fallo producido, la parte actora recurrió en apelación y sustentó su recurso, en el que solicita sea revocado y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

En apoyo de su petición, destaca que el fallo impugnado no examinó ni analizó en debida forma las pruebas del proceso. En ese sentido puntualiza que la descalificación del único testigo presencial del accidente se tomó sólo con base en la capacidad adivinatoria ejercitada en la sentencia y que no reconoció el carácter indiciario de la prueba anticipada, que aunado a los demás medios había llevado a proferir el fallo deprecado en la demanda y concluye:

"En fin, se pregunta en la providencia apelada si OSCAR DE JESUS POSADA ROLDAN reunía las exigencias para la conducción del vehículo automotor en el cual perdió la vida, esto es, si tenía licencia vigente, si portaba casco protector, si estaba o no embriagado, etc. Es evidente que todas estas circunstancias debió probarlas la parte demandada para lograr su exoneración en este asunto". (Fols. 281 - 282 Cdno. 1).

En su alegato de fondo, el apoderado del Fondo Vial Nacional examina las pruebas documentadas de manera aislada y llega a similares conclusiones a las que están consignadas en el fallo que se revisa. Solicita confirmar la sentencia (Fols. 287 a 290).

6. Concepto Fiscal

Para la Fiscalía Segunda ante la Corporación, aún aceptando el hundimiento de la vía y la existencia de un montón de arena a su alrededor, que angostaba el ancho de la misma, tal hecho no sería determinante en la producción del accidente, ya que el tamaño del vehículo permitía sortear el obstáculo.

Para la vista Fiscal, el hecho de que la motocicleta no perteneciera al occiso, permite presumir que seguramente desconocía su estado mecánico y de funcionamiento y como no se probó su idoneidad para conducirla, todo hace pensar que el accidente se debió a causas diferentes a la de la falla del servicio; al referirse a la inspección judicial previa y a la declaración del testigo presencial, si bien reconoce que aquella constituye un indicio, de su estudio llega a similares deducciones a que arribó el Tribunal y la parte demandada. Por no hallarse acreditada la falla del servicio, solicita confirmar la providencia impugnada. (Fols. 292 a 297).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo objeto del presente recurso no debe confirmarse y será revocado por las razones que se expresan a continuación:

1.– No obstante que el Tribunal lo invoca como fundamento legal al resolver que el Intra carece de legitimación en este proceso, el Decreto Extraordinario 1173 de 1980, sólo se ocupa de señalar los objetivos, organización y estructura del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Mediante el decreto extraordinario No. 770 de mayo 24 de 1968, se creó el Instituto Nacional del Transporte "INTRA" y se le asignaron funciones. Pero fue el Decreto 2170, el que le adscribió la Policía Vial al Intra, para que bajo su directa dependencia asumiera la vigilancia del tránsito en las carreteras del país y el cumplimiento de las disposiciones emanadas del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en lo concerniente al uso de las vías nacionales como de los terrenos que la circundan y sobre la señalización de las mismas.

Como ya tuvo oportunidad de expresarlo esta misma Sala, con ponencia del Consejero que orienta este negocio, en la sentencia del 1 de noviembre de 1991, expediente No. 6342, Actor: Luz Marina Echeverri Bermúdez de Trujillo y Otros, en razón de sus funciones, el Intra no está llamado a responder por accidentes de la naturaleza del que se estudia ni por los perjuicios irrogados a los demandantes, en virtud de que no es autoridad de tránsito, ni le compete lo atinente a la construcción, señalización y mantenimiento de carreteras nacionales, funciones que legalmente se hallan adscritas al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y al Fondo Vial Nacional. Como consecuencia, la condena que se imponga no afectará al Instituto Nacional del Transporte.

2.– La sentencia debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los alegatos de las partes como las excepciones propuestas, a fin de resolver todas las peticiones. (Art. 170 del C.C.A.).

Las pruebas han de examinarse por el sistema de la persuasión racional, obedeciendo a los principios de libertad de medios y a las reglas de la sana crítica. Un análisis desarticulado, puede llevar a decisiones equivocadas, de consiguiente su apreciación y valoración debe hacerse de conjunto (Art. 187 del C. de P. C.).

3.– En el fallo que se citó anteriormente, la Sala sentó como principio el que si bien no puede desconocerse que la conducción de vehículos automotores da lugar a un régimen probatorio especial, que permite presumir la culpa de su conductor en los accidentes, la peligrosidad de la activi-

dad no puede tomarse con criterio absoluto, sino con el análisis en cada caso del hecho en sí mismo pero también, en las diversas circunstancias que giraron en torno a su producción.

En consecuencia, sin negarle importancia a la licencia de conducción, como bien se precisó en aquella sentencia, el hecho primordial y fundamental para deducir si una persona reúne o no las condiciones físicas y psíquicas para conducir uno o diversas clases de vehículos consiste, en concreto, en averiguar si quien los maneje o conduzca en público, en el campo o la ciudad, de día o de noche, en buenas o malas condiciones de clima, en fin lo hace en condiciones normales, o sea, en que ella se desarrolla normalmente.

La realidad procesal, muestra que el Tribunal no apreció el acervo probatorio en su conjunto y por esa razón, no observó que en el proceso sí están debidamente acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las cosas. Además, sin que por la administración se hubieran alegado y demostrado las correspondientes causales eximentes de su responsabilidad, no era dable manejar la cuestión bajo la hipótesis de la culpa de la víctima y simplemente interrogándose si el insuceso sobrevino por un choque contra la tierra, o bien, porque el occiso conducía a exceso de velocidad, vale decir, que realizó una maniobra equivocada, le faltaba idoneidad para manejar una moto de bajo cilindraje o cuando menos, porque, posiblemente, carecía de licencia de conducción.

Los medios de prueba regular y oportunamente allegados al juicio, acreditan suficientemente y dan fuerza de convicción de que una de las dos labores a que se dedicaba el occiso era la de "Mecánica General de Motos", las que también sabía conducir; sinembargo que no era propietario de uno de esos vehículos, poseía un casco protector de color azul, el que usaba en sus desplazamientos en esas máquinas (Fols. 9, 182 a 184 del Cdno. 1).

Con esos antecedentes, es posible apreciar el dicho del testigo Guillermo González, quien afirma que cuando ocurrieron los hechos que se lamentan, la víctima llevaba puesto su casco protector y permite suponer que tenía y portaba el respectivo pase de conducción.

En los argumentos de las partes, no se imputa ninguna conducta irregular o impropia en el adecuado manejo de la motocicleta que hubiera contribuido al accidente, vehículo que antes que ser de grandes dimensiones, como lo supone el *a-quo*, era una Kawasaki de cien (100) centímetros cúbicos de cilindrada.

Si del acervo probatorio se infiere un comportamiento normal y prudente de la víctima, hasta tal punto de permitir establecer que el daño

no es consecuencia de la misma, la presunción de peligrosidad pierde sus efectos incriminatorios, como se deduce del evento en estudio, en donde el accidente antes que atribuible al occiso tuvo su origen en causas extrañas a él y sí localizables en la administración.

Del examen que la Sala ha realizado sobre los distintos aspectos de este punto de la controversia, se concluye que no fué acertada la presunción del Tribunal sobre la culpa de la víctima y en esas condiciones, no prospera la eximente de responsabilidad en tal sentido alegada por la administración.

4.– Procede establecer ahora, cuál pudo ser la responsabilidad estatal en la ocurrencia del daño.

Para la Sala, tampoco puede acogerse la eximente de fuerza mayor o caso fortuito alegada por el mandatario judicial de la Nación y el Fondo Vial Nacional, que la hace consistir, en primer lugar, en que *los derrumbes y hundimientos de las carreteras es físicamente imposible atenderlos y señalizarlos inmediatamente y en segundo término, que estos elementos frecuentemente son robados, lo cual impide cumplir con su función.*

Los diversos medios de prueba recogidos en el proceso, establecen que el hundimiento en la vía y los cúmulos de tierra puestos a su alrededor, que en conjunto constituían un obstáculo de grandes proporciones, que generó el accidente, en verdad existían desde tiempo atrás a la fecha del siniestro y ahí permanecieron por aproximadamente treinta y dos (32) meses más y como si no fuera suficiente, allí jamás se colocaron las correspondientes señales de prevención ó peligro (Fols. 171 a 177, 196 y 205 a 207 del Cdno. 1., y 138 a 140 del Cdno. 2.).

El acta de la Inspección Judicial anticipado, de 15 de febrero de 1985 obrante a folios 15 a 17 del Cdno. 1., tomada como indicio, dá cuenta de que el sitio en el cual ocurrió el percance, la Vía pública presentaba un hundimiento de 60 centímetros de profundidad por un diámetro de doscientos veinte (220) centímetros, enmarcado por una barrera de tierra y piedra de aproximadamente un metro de altura.

Tal obstáculo de mayores proporciones, reducía el ancho de la carretera de un total de siete metros con veinte centímetros a sólo cuatro metros con ochenta centímetros; al estrecharla en ese grado, la dejaba de un solo carril y forzosamente se hacía peligrosa para cualquier tipo de vehículo que por ella transitara.

Para la inspección judicial practicada en este proceso en agosto 20 de 1987, transcurridos 32 meses contados desde la fecha del insuceso, "la zona afectada por el hundimiento de la banca o carretera tiene un largo de 19 mts.

y 3.oo mts. de ancho aproximadamente, quedando reducida la vía carreteable a 4.20 mts. únicamente". Hay que reconocer que en este último momento se adelantaban las labores de reparación de que dan cuenta las fotografías agregadas a folios 121 a 137 del Cdno. 2.

Respecto del testimonio técnico, responsivo y armónico con las demás pruebas, rendido por el Doctor José Luis Upegui Jaramillo, la Sala no encuentra motivos para que no pueda apreciarse. Su exposición seria, objetiva y ponderada, coincide en lo esencial con las pruebas apreciadas anteriormente y con la declaración del segundo testigo presencial de los hechos, el señor Juan de Dios Meneses Rojas. (Fols. 171 a 173 ibídem).

Si bien en parte es discutible y merece reservas la declaración de Guillermo González, no hay la menor duda de que el testimonio de Juan de Dios Meneses suministra mayor claridad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro. Conforme a su dicho, el caso se presentó entre las 9 y 10 de la noche del día domingo 2 de diciembre de 1984; en el sitio de la carretera en que había un hueco y cúmulos de tierra que la hacían transitable sólo por el lado contrario al que se dirigía el occiso, cuyo cuerpo con vida hasta ese momento quedó casi encima de la moto, al frente y a una distancia de más o menos metro y medio de aquel desbordamiento; lugar en el que antes y después nunca fueron colocados avisos o señales de peligro para quienes por ella transitaban; la víctima herida, fué trasladado primero al hospital local y luego a la ciudad de Medellín, en la cual falleció.

El peligro que representaba la vía era aún más grave exigía y exige no solo de la adopción de las medidas usuales para evitar el de las proporciones que se vieron, sino de un tratamiento especial. En contra del concepto rendido por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en oficio No. 1087 de 22 de julio de 1986 que firma que la carretera en cuestión es apta para el transporte automotor, la Sala aprecia y valora el dictamen rendido por la Policía Vial, en junio 23 y julio 30 de 1986, en cuanto expresa:

> "... las condiciones de la vía en el sector al cual hace referencia su oficio, nunca han sido óptimas, pues es el trayecto que más problemas presenta por el problema geológico que al parecer presenta ese sector, además por ser una región que generalmente permanece en época de invierno, y realmente la señalización es muy deficiente, seguramente porque colocarla sería un trabajo y material perdido a causa del problema antes expuesto siendo los contínuos derrumbes allí presentados.
>
> "Lo que sí es real es que esa zona presenta problemas casi permanentes de derrumbes por el problema geológico que el parecer tiene esa región, *presentándose accidentes debido al mal estado de la vía".* (Folios 135 y 151 ibídem - Subrayados de la Sala).

El estudio serio y ponderado del asunto *sub-judice* desde el punto de vista sustancial y probatorio, permite deducir que están debidamente acreditados los presupuestos que dan lugar a declarar la responsabilidad civil extracontractual estatal.

Si la carretera en la cual se produjo el percance es un bien naciona, al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y al Fondo Vial Nacional les corresponde su conservación y mantenimiento y sin duda, de su parte hubo descuido, imprevisión y mora en el hecho de realizar la reparación de la vía y al situar allí, explayada y con altura considerable, tierra y piedra, situación que vino a agravarse al omitir colocar señales e indicativos de peligro, a fin de alertar a los usuarios de ese servicio a cargo de la administración, permitiéndoles con un adecuado margen de seguridad adoptar las necesarias precauciones para sortear aquella amenaza a su integridad y la de sus bienes, se impone tipificar tales circunstancias como falla en el servicio.

Al respecto, resulta apropiado recordar el pronunciamiento hecho por la Sala en agosto 30 de 1990, expediente No. 5848, actor: Patricia Torres y Otros, donde con ponencia del Consejero: Doctor Julio César Uribe Acosta, para decidir un caso similar a este, se sostuvo:

"A.– Apreciada la prueba que obra dentro del informativo y estudiada la sentencia dentro de su universo jurídico y fáctico, la Sala encuentra que la falla del servicio fué debidamente probada. El centro de imputación jurídica demandado, como muy bien lo precisa el *a-quo*, al ejecutar un trabajo público, dejó escombros de asfalto, piedra y tierra sobre la vía donde se presentó la tragedia sin tener el buen cuidado de colocar avisos que indicaran el peligro. Así las cosas, no hay espacio para la duda, pues el Municipio de Medellín es responsable por el FUNCIONAMIENTO ANORMAL en atención, conservación y mantenimiento del servicio. El caso no es nuevo para el sentenciador, pues en múltiples ocasiones ha tenido la oportunidad de fijar pautas jurisprudenciales sobre el particular. Así en sentencia de treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), Expediente Nro. 5424. Actor: EDGARD MENDEZ PELAEZ contra las Empresas Municipales de Cali, dijo:

> " "En el caso en comento la Sala encuentra que las Empresas Municipales de Cali son responsables por los daños causados a la parte demandante, los cuales le son imputables por el FUNCIONAMIENTO ANORMAL en la atención, conservación y mantenimiento de los servicios que presta, pues al emprender los trabajos orientados a reparar las fallas que se registraron en el colector de ladrillo que se derrumbó, abrió un hueco inmenso sobre la vía pública y no tomó las medidas oportunas y necesarias para mantener, en todo momento, una señalización adecuada, como bien lo destacaron los testigos señores Jaime Lozano Ríos y Walter Rothe Strasburger. Difícilmente podría aceptarse como normal que la

administración adelante trabajos de tal naturaleza sin tomar todas las medidas que la prudencia aconseja para evitar accidentes como el ocurrido. Más inexcusable aún resulta su conducta cuando se probó que días antes de la tragedia ocurrida al Señor Edgard Méndez Peláez, se estrelló el conductor de una moto, sin que ésta realidad fáctica motivara al ente demandado a corregir las deficiencias que se presentaban por la mala señalización. En la interpretación de la conducta humana, que en muchos casos resulta de más interés que la de la propia ley, cabe destacar la circunstancia de que tan pronto ocurrió el hecho generador del daño, la entidad demandada acudió presurosa a colocar unos avisos nuevos. Por qué no lo hizo antes? Los ciudadanos dependen cada día más de la actividad prestacional de los entes públicos y esa sóla circunstancia demanda que los centros de imputación jurídica, encargados de atender a las necesidades de la comunidad, procedan en todo momento con diligencia, y no con la filosofía dañina de que las cosas sólo se arreglan cuando se desata la tragedia. Tanto la jurisprudencia nacional, como la extranjera, se muestran severas en sancionar a la administración, en casos como el presente. Así Eduardo García de Enterría en su obra Curso de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Editorial Civitas, Tomo II, página 350 recuerda una sentencia de 8 de febrero de 1973, proferida por Tribunal español, donde se destaca: "DIFICILMENTE PODIA ESTIMARSE NORMAL LA EXISTENCIA DE GRANDES BACHES EN LA CARRETERA DURANTE VARIOS DIAS'... En el campo doctrinario, J. M. DE LA CUETERA, en su obra. La Actividad de la Administración. Tecnos. 1983, enseña:

" "b) Funcionamiento anormal. La hipótesis del funcionamiento anormal del servicio ha sido una de las victorias conseguidas en el camino de la construcción de la responsabilidad objetiva de la Administración, puesto que, como sabemos, el ordenamiento no permite que los servicios funcionen 'ANORMALMENTE' y siempre se podía buscar un culpable dentro de la organización administrativa sobre el que hacer recaer una responsabilidad personal. Plenamente admitida hoy día es una de las más fecundas causas de corrección de injusticias que conoce el Derecho, y a través de ella se imputan a la Administración daños como los siguientes:

" "Daños producidos en personas o vehículos que circulan por una carretera en mal estado y sin señalización... entre las hipótesis de funcionamiento normal y anormal existen algunas distinciones que pueden ser establecidas. La primera, que en el segundo no es exigible al usuario del servicio esa PREVISION Y DILIGENCIA ordinarias, que sí lo es, en cambio, en el primero. Para utilizar el ejemplo ya señalado de los baches en las carreteras, mientras estos baches sean considerados normales o estén señalizados, se exige al conductor la diligencia debida para evitarlos; tan sólo las situaciones 'ANORMALES' en la carretera hacen inne-

cesario el examen de dicha diligencia. La segunda es que, en caso de funcionamiento anormal-especialmente por actuaciones ilícitas–, la Administración no puede presentar título justificativo alguno para que el particular cargue con los daños, salvo el caso de fuerza mayor... La tercera, de cariz ya sociológica, es que, antes las diferencias ya señaladas, los jueces tienden a admitir con mayor facilidad las demandas en caso de funcionamiento anormal, demandas que en caso de prosperar tienden a repercutir de alguna manera sobre *LA MEJORA DEL SERVICIO.* De esta forma, *LOS JUECES INTERVIENEN INDIRECTAMENTE EN LA SEÑALIZACION DE LA DELICADA BARRERA ENTRE LO NORMAL Y LO ANORMAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS,* sirviendo de acicate para que éstos se mantengan en un umbral aceptable para la sociedad en que se desarrollan" " (Subrayas del contexto).

" "La filosofía anterior, en parte importante, se recoge en fallo de ésta Sala, de siete (7) de Diciembre de 1977, Expediente No. 1564, Actor: Flota la Macarena, de donde se lee:

" "Pero si no se puede exigir que el Estado únicamente construya vías seguras y elimine los peligros potenciales de los transeúntes, si es obligación actual del Estado Colombiano ACTUAR ante los peligros reales a que se encuentran sometidos los residentes en el país. *Y debe actuar en primer término evitando que las personas se sometan al peligro proporcionando soluciones que logren lo tener que sortear situaciones peligrosas, vigilando que las personas no pasen por aquellos sitios y en fin asumiendo una actitud positiva ante hechos reales que pueden hacer perder la vida o los bienes de los asociados.* Si como se ha dicho, el Estado posee una serie de poderes administrativos y policivos que le permiten delimitar el campo de la prestación de sus servicios, lógicamente ante verdaderas situaciones de peligro debe utilizar estos poderes, pues no debe olvidar que su primerísima obligación es la de garantizar y proteger la vida y los bienes de sus miembros. En éstos casos, sí no podrá exonerarse de la obligación contenida en el artículo 16 de la C.N. aduciendo imposibilidad física de prevenir un daño o de evitarlo.

"" Lo anterior lleva a concluír que el solo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios POTENCIALMENTE peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, más si esa tolerancia se realiza en SITIOS realmente peligrosos, si existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro" ".

En el caso examinado, hubo una falla de la administración que se tradujo en una lesión o daño a un bien jurídicamente protegido, en íntima y directa relación de causalidad, de lo cual surge para el Estado la obliga-

ción de indemnizar los perjuicios causados y demostrados por los demandantes, parientes de la víctima, que acrediten los demás requisitos que dan a su reconocimiento.

Estima la Sala que en el marco probatorio que fué reseñado y por las circunstancias especiales en que ocurrió el accidente, el caso se hubiera podido manejar con aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva, al cual se refirió en la sentencia de noviembre 30 de 1989, expediente No. 5424, actor: Edgard Méndez Peláez, siendo Consejero Ponente el Doctor Julio César Uribe Acosta.

5.– En el proceso, están suficientemente acreditados los siguientes hechos:

– La muerte de Oscar de Jesús Posada Roldán a consecuencia de las heridas traumáticas y necesariamente mortales, que se le produjeron en el accidente ocurrido el día 2 de diciembre de 1984, con la historia clínica, el acta de levantamiento del cadáver, la necropsia y el certificado de defunción (Fols. 257 a 260, 8, 236 y 5, respectivamente del Cdno. 1).

– La concurrencia de las responsabilidades en ese hecho entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo Vial Nacional, que les genera una solidaridad obligacional según lo preceptuado por el artículo 2344 del Código Civil.

– La legitimación en la causa por activa, con los certificados de matrimonio y de nacimiento que obran en autos, a folios 2 a 4, 6, 7 y 10 del Cdno. 1., y 2 a 4 y 6 del Cdno. 2.

–Los perjuicios morales sufridos por la cónyuge, hijos y madre del occiso; y los daños de índole material ocasionados a las cónyuges e hijos, quienes dependían económicamente de aquel (Fols. 181 a 184 del Cdno. 1., y 151 a 154 del Cdno. 2).

– No se estableció con precisión, la renta que percibía la víctima de sus actividades de electrónica y mecánica de motos.

6. Con relación a los perjuicios morales, éstos los reclaman la cónyuge, los dos hijos, la madre y los dos hermanos del occiso. Los cuatro primeros, por virtud de la relación conyugal, filial y materna tienen derecho, conforme al criterio reiterado de la Sala a una indemnización por tal concepto equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro puro, para cada uno de ellos. Para su estimación, se tendrá en cuenta el valor de ese metal para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificación que para ese efecto expida el Banco de la República.

Para los dos hermanos de la víctima, mayores de edad, que no convivían con él en el mismo hogar y que no acreditaron tener con aquél una especial relación afectiva y de fraternidad, ning ningún reconocimiento se les hará por dicho concepto.

En cuanto a los perjuicios materiales, siguiendo las orientaciones de la Corporación, éstos se reconocerán sólo en favor de la cónyuge supérsite y de los dos hijos menores del occiso, quienes dependían para su sostenimiento de los ingresos económicos que obtenía Oscar de Jesús Posada.

Para la liquidación en concreto de los perjuicios materiales, se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

a) La renta histórica tendrá como base el salario mínimo legal vigente en la época en que ocurrieron los hechos para el Municipio de Yarumal, en el Departamento de Antioquia, establecido por el Decreto 3506 de 1983 por valor de $11.298.oo pesos mensuales.

b) De ese total se descontará un 25% que se presume el occiso dedicada a su propia subsistencia.

c) El monto que queda, $8.473.50, se dividirá en un 50% para la cónyuge ($4.236.75) y 25% para cada uno de los hijos ($2.118.37 c/u).

d) Los ingresos así establecidos, se actualizarán mediante la fórmula

$$V.P. = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$, en donde:

VP es el valor que se busca: R, la renta histórica y los indices, los de precios al consumidor que lleva el DANE, en lo cual el inicial será el de diciembre de 1984 (43.15%) a índice final, el del último expedido que es del mes de enero de 1992 (219.13).

– Renta actualizada cónyuge	$21.515.62
Renta actualizada de cada uno de los hijos	$10.757.78

e) La indemnización por perjuicios materiales, comprende dos períodos: El primero vencido o consolidado, vá desde el 5 de diciembre de 1984 hasta la fecha de ejecutoria de esta fallo, que se estima ocurriá el 20 de marzo de 1992 hasta la fecha de vida probable del occiso y de la mayoría de edad en relación con los hijos.

Para calcular la indemnización futura de Elda Luz Orrego, se tendrá en cuenta como vida probable la del occiso, que era el mayor de los cónyuges, la que indica la necropsia en 40 días. Como lo tiene establecido la jurispruden-

cia de la Corporación, en esos casos el ajuste no se hace con las tablas del Seguro Social sino con base en las aprobadas por la Superintendencia Bancaria, por cuanto aquella es el resultado de un examen objetivo practicado sobre el cuerpo de la víctima, en tanto que éstas se apoyan en simples y probabilidades.

Beatriz Elena nació el 16 de enero de 1980 y su hermana Bibiana Farley Posada, el 1 de octubre de 1982 (Fols. 6 y 7 Cdno. 1).

En consecuencia, el segundo período será: Para la cónyuge de 392.5 meses; Beatriz Elena de 69.87 meses y Bibiana Farley de 102.36 meses.

Para fijar el valor de *la indemnización debida o consolidada,* se aplicará la fórmula $Ra = X \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$ y para la indemnización futura o anticipada, la fórmula:

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

S = Será la suma o indemnización buscada.

Ra = La renta actualizada

N = El número de meses debidos.

i = El interés técnico o puro del 6% anual ó de 0.4867 mensuales; pero como se trabaja con 1. ese interés queda como 0.004867% mensual.

Al hacer la conversión, la liquidación queda así:

Indemnización de Elda Luz Orrego.—

a. Vencida o consolidada:

$$21.515.62 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{87.5} - 1}{0.004867}$$

S=2.340.016

b. Futura o anticipada:

$$21.515.62 \quad \frac{1 + 0.004867)^{392.50} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867^{\ldots 50}}$$

S = 3.763.249.

Indemnización de Beatríz Elena Posada:

a. Vencida o consolidada.

$$10.757.78 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{87 \cdot 5} - 1}{0.004867}$$

S = 1.170.005

b. Futura o anticipada.

$$10.757.78 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{69 \cdot 87} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{69 \cdot 87}}$$

S = 635.880

Indemnización de Bibiana Farley Posada

a. Vencida o consolidada

$$10.757.78 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{87 \cdot 5} - 1}{0.004867}$$

S = 1.170.005

b. Futura o anticipada.

$$10.757.78 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{102 \cdot 36} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{102 \cdot 36}}$$

S = 865.648

Sumadas las indemnizaciones debidas y futuras, la liquidación quedará así:

Indemnización de Elda Luz Orrego	$ 6.103.265.oo
Indemnización de Beatriz Elena Posada	$ 1.805.885.oo
Indemnización de Bibiana Farley Posada	$ 2.035.653.oo

Las cantidades así concretadas, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de ese término.

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: No prospera la denominada excepción de culpa de la víctima propuesta por el apoderado de la Nación y el Fondo Vial Nacional.

SEGUNDO: Revócase la sentencia apelada, es decir, la de 22 de noviembre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera.

TERCERO: Declárase a la Nación–Ministerio de Obras Públicas y Transportes–Fondo Vial Nacional, responsables de la muerte de Oscar de Jesús Posada Roldán, ocurrida el 5 de diciembre de 1984.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte–Fondo Vial Nacional, pagarán solidariamente, por concepto de perjuicios morales, a los señores ELDA LUZ ORREGO AGUDELO, a sus menores hijos BEATRIZ ELENA y BIBIANA FARLEY POSADA ORREGO, o a quien represente sus derechos y a MARIA ELENA ROLDAN DE POSADA, el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada una de estas personas, de acuerdo con el valor que tenga el gramo de ese metal para la fecha de ejecutoria de este fallo, según certificación que en ese sentido expida el Banco de la República. Los beneficiarios de la condena, acompañarán a la cuenta de cobro el certificado correspondiente.

Así mismo aquellas entidades deberán pagar por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas: A ELDA LUZ ORREGO AGUDELO la suma de SEIS MILLONES CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS ($6.103.265.oo) MONEDA CORRIENTE; A BEATRIZ ELENA POSADA ORREGO, ó a quien represente sus intereses, la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($1.805.885.oo) MONEDA CORRIENTE; y A BIBIANA FARLEY POSADA ORREGO, ó a quien represente sus intereses, la suma de DOS MILLONES TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS ($2.035.653.oo) MONEDA CORRIENTE.

Las sumas anteriores, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de ese término.

QUINTO: Con el objeto de que se dé cumplida aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de esta senten-

cia, con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Obras Públicas y Transporte–Fondo Vial Nacional y a la parte actora, con las constancias previstas en el artículo 115 del C. de P.C.

SEXTO: Niéganse las restantes pretensiones.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

La demora en el perfeccionamiento del contrato no se debió a culpa o negligencia de ninguno de los contratistas. Esta afirmación permite sostener así que la controversia indemnizatoria que aquí se dirime no tiene como fundamento el incumplimiento de una de las partes, sino solo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. En términos generales, lo que ejecuta el contratista debe ser equivalente a lo que percibe por su trabajo, con un margen prudencial de ganancia o lucro. La exigencia del cumplimiento en condiciones más onerosas que las que debía soportar el contratista rompió el principio del equilibrio financiero a favor de la administración y en contra de aquel, razón por la cual deberá indemnizársele.

DEMANDA–Interpretación/**ACCION DE REPARACION DIRECTA**–Improcedencia/**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Aunque la actora presentó su demanda como de reparación directa, los hechos allí narrados permiten detectar con facilidad un error en la calificación de la acción que no alcanza a afectar la demanda y menos a producir su ineptitud. La causa petendí expuesta es bien sencilla; la demandante pretende que se le indemnicen los perjuicios sufridos con la ejecución del contrato, porque por culpas ajenas a su voluntad se dió un retardo en su ejecución, que incidió en los precios del mismo y rompió el equilibrio financiero del contrato.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6759. Actor: Juan Jaime Saldarriaga Ruíz.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de marzo 21 de 1991, dictada por el tribunal administrativo del Valle, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas formuladas del siguiente tenor:

"1) Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura, es responsable de la totalidad de los perjuicios causados al señor Juan Jaime Saldarriaga R., originados por el retardo en la legalización del contrato de prestación del Servicio de Aseo, No. 0040 de Octubre 8 de 1984, lo cual originó igualmente el retardo en la ejecución de su objeto y la consiguiente variación de precios a causa del aumento del salario mínimo legal decretado por el Gobierno Nacional".

2" Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura, está obligada a cancelar al señor Juan Jaime Saldarriaga R., el mayor valor que éste debió cubrir en la ejecución del contrato No. 0040 de Octubre 8 de 1984 como consecuencia de la mora en la ejecución del mismo debido a retardo en su legalización".

"3) Condénase a Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura a pagar al señor Juan Jaime Saldarriaga R., la suma de Tres Millones doscientos sesenta mil novecientos treinta y nueve pesos con 10/100, correspondientes al mayor valor del contrato No. 0040 de Octubre 8 de 1984".

"4) Condénase a Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura a pagar la corrección monetaria de la suma de dinero determinada en el punto anterior, desde el momento en que debía pagarse dicha suma hasta el momento en que efectivamente se pague en su totalidad.".

"5) Condénase a la empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura a pagar los intereses corrientes que rijan legalmente al momento de efectuarse dicho pago, sobre la suma resultante de la cantidad indicada en el numeral tercero de estas peticiones y la corrección monetaria solicitada en el numeral cuarto, desde que el pago se hizo exigible hasta su cancelación total".

"6) La empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura dará cumplimiento a la Sentencia, en los términos estipulados en los Arts. 176, 177, 178 del Código Contencioso Administrativo".

En la demanda de reparación directa y cumplimiento, presentada el 22 de octubre de 1988, se narraron, según la síntesis de la fiscalía, los siguientes hechos:

"La Empresa Puertos de Colombia, abrió licitación pública con el objeto de contratar el servicio de aseo en las instalaciones portuarias. De esa licitación le fue adjudicada al actor la llamada zona 4' .

"Una vez cumplidos los requisitos legales se firmó el contrato en Octubre de 1984, empezando su ejecución el 1o. de Noviembre de ese mismo año, y terminando el 31 de Octubre de 1986 fecha en la cual se cumplió el término de 24 meses pactado en el mismo".

"El actor cotizó en su oferta los valores correspondientes a los años de 1984 y 1985. No ofreció valores que se justaran a los costos del año 86, porque éstos no fueron objeto de solicitud en el pliego de licitación".

"Al haber incrementado el Gobierno Nacional el valor del salario mínimo para 1986 en un 24% y dado que el contrato que debió terminarse en Diciembre de 1985 se terminó en Octubre de 1986 por la demora en su legalización se hacía necesario reajustar el valor del contrato. El contratista elevó varias solicitudes en tal sentido durante la ejecución, sin recibir ninguna respuesta de la entidad contratante".

El tribunal administrativo para denegar las pretensiones, luego de interpretar la demanda como contractual y no como de reparación directa, estimó que la parte demandante no había cumplido con la carga de la prueba y que había errado en la orientación de su demanda. Así, sostuvo:

"De conformidad con los principios que regulan la carga de la prueba, quien pretenda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido, le corresponde demostrar tanto el daño cuya reparación impetra, como su cuantía".

"En el caso que se resuelve el actor, no sólo no le dió cumplimiento a esta exigencia procesal demostrando mediante prueba suficiente, tanto el perjuicio, como el pago efectuado de más en razón del aumento del valor del salario mínimo, sino que la acción que ha debido impetrar era la contractual, y no, la de Reparación Directa".

"Considera la Sala, que si a juicio del contratista, Colpuertos no legalizó dentro de un término prudencial el contrato, este hecho por sí, ha debido alegarse en ejercicio de la Acción contenida en el Art. 87 del C.C. Administrativo, para que se declarara el incumplimiento del mismo".

"Con relación al desequilibrio económico sufrido a raíz del aumento decretado por el Gobierno Nacional en los salarios mínimos, lo anterior, no solo no daría lugar a ninguna acción indemnizatoria, por tratarse

de un alza general que afecta a todo un conglomerado social, sino, que la acción pertinente, al igual que la primera sería la consagrada en el Art. 87 ya citado, solicitando la orden de revisión del contrato".

"Dice el H. Consejo de Estado: "Todo contrato de la administración se celebra para ser cumplido, porque con ellos está comprometida la satisfacción de un servicio público o de una necesidad igualmente pública" .....

.....

"Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir (el interés general impone ese cumplimiento) pero si puede pedir a la administración la revisión del contrato en sus términos económicos. De no aceptarse esta solución se rompería el principio de igualdad frente a las cargas públicas .....

.....

Pero ese acontecimiento excepcional que rompe el equilibrio financiero del contrato debe ser en un todo ajeno a la voluntad de las partes; y por ende, no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato".

"Lo precedente deja ver que, por ejemplo, un aumento de los precios tenidos en cuenta dentro del contrato ocurrido con posterioridad a la firma de éste, no podrá invocarse como apoyo de la pretensión indemnizatoria basada en la imprevisión si dicho aumento es consecuencia de un proceso inflacionario desatado con anterioridad y que mostraba una tendencia fácilmente detectable. Como realmente aconteció en el caso concreto". (Jurisprudencia y Doctrina – 1 989 – pág. 402)".

Inconforme la parte actora con la sentencia, interpuso contra ella apelación. Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la corporación, Dra. Edné Cohen D., en su vista de noviembre 8 de 1991 (a folios 228 y ss) estima que la sentencia merece ser confirmada, por cuanto en los términos planteados en la demanda no esposible que prosperen las pretensiones formuladas.

De esa vista fiscal, se destaca:

"Ahora bien, en la demanda se reclaman unos perjuicios supuestamente causados "por retardo en la legalización del contrato de prestación del servicio de Aseo, No. 0040 de Octubre 8 de 1984 ...".

"Nótese que el hecho que origina la reclamación fue la *demora* o el *retardo* en legalizar el contrato, mas no el incumplimiento del contrato

en sí como ocurre usualmente. Pues bien, podríamos pensar que esa irregularidad fue convalidada o al menos admitida por el contratista al momento mismo en que convino firmar y ejecutar el contrato. Se dice *firmar*, porque no obstante que en la demanda se hace alusión a la demora en la *legalización*, la tardanza tuvo ocurrencia en la firma del contrato, ya que la adjudicación se llevó a cabo a principios de 1984 (concretamente en febrero 7) y el contrato se suscribió el 8 de octubre de 1984".

"Si realmente la demora hubiera ocurrido en la "legalización" del contrato, como la afirma la demanda, esta legalización según la cláusula vigésima octava (28) del contrato, estaba a cargo del contratista y consistía en el pago que debía hacer éste; y aunque no se dijo claramente ni se especificaron allí los pagos, ellos eran los que acarreaban las publicaciones del contrato y el pago de impuestos señalados en la cláusula vigésima séptima (27)".

"La demora existente en el trámite de la contratación, sin lugar a dudas tuvo lugar entre el día de la adjudicación y la firma del contrato".

"Sobre la adjudicación del contrato se hace alusión en un acta que aparece anexada al folio 30 del C–1, específicamente cuando se refiere a la reclamación de los contratistas de aseo a folios 31 y 32".

"Tenemos pues que el contratista no obstante haber transcurrido ocho (8) meses desde la adjudicación, convino en suscribir el contrato".

"Ahora bien, si leemos el contrato, encontramos que en la cláusula octava (8a.) se estipuló: "*VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO:* El valor del presente contrato asciende a la suma de QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON 60/100 ($15.837.681.60) Moneda corriente, según el siguiente detalle:

Item	Número de Zona	Valor Mensual	Valor Total
1	4	$ 659.903.40	$ 15.837.681.60

el cual lo cancelará COLPUERTOS en veinticuatro (24) cuotas iguales, sucesivas y vencidas en forma mensual. Una vez recibidos los trabajos por el interventor EL CONTRATISTA pasará a COLPUERTOS una cuenta de cobro y COLPUERTOS a más tardar treinta (30) días después de recibida la cuenta pagará a EL CONTRATISTA la cantidad debida, o dará por escrito la razón para retener el pago".

"Si en octubre de 1984 se estaba firmado este convenio y estipulando un término de duración de 24 meses y conviniendo un precio único,

no se puede hablar de imprevistos; sería más acertado hablar de imprevisión por parte del contratista, quien ante la tardanza en el trámite del contrato, aceptó suscribirlo en los términos en que lo hizo".

"Como bien lo anota el Tribunal, el interesado no demandó para que se surtiera la revisión de los valores pactados en el contrato, sino que después de ejecutarlo y vencido el término pactado en el mismo, opto por entablar la presente acción por un hecho que tuvo ocurrencia y del cual tuvo pleno conocimiento antes de suscribir el convenio".

Por su lado, la demandante insiste en la prosperidad de su demanda. Sostiene que el reajuste no sólo es posible sino justo porque ella licitó en términos muy precisos y solo con referencia a los precios de 1984 y 1985, por señalarlo así el pliego de condiciones, ya que el plazo de ejecución era exclusivamente para dos años contados a partir de su perfeccionamiento.

Que por circunstancias ajenas al contratista no imputables a él, el contrario solo pudo empezarse a ejecutar el 1o. de noviembre de 1984.

Que ese desfase en tiempo, desbordó los términos de la licitación e hizo que el contratista tuviera que prestar su servicio durante 10 meses de 1986, a los precios de ese año, no incluidos ni en la propuesta ni en los pliegos de la licitación. (Ver escrito que obra a folios 227 y ss. del cuaderno principal).

Para la sala la sentencia será revocada, por las razones que se exponen a continuación:

La controversia, como lo definió el *a-quo* es fácilmente calificable como contractual, dado su inequívoco origen en el contrato de prestación de servicios suscrito entre la Empresa Puertos de Colombia y el señor Juan Jaime Saldarriaga e identificado con el No. 0040 de octubre 8 de 1984.

Aunque la actora presentó su demanda como de reparación directa, los hechos allí narrados permiten detectar con facilidad un error en la calificación de la acción que no alcanza a afectar la demanda y menos a producir su ineptitud. La causa petendi expuesta en bien sencilla: La demandante pretende que se le indemnicen los perjuicios sufridos con la ejecución del contrato, porque por culpas ajenas a su voluntad se dio un retardo en su ejecución, que incidió en los precios del mismo y rompió el equilibrio económico del contrato.

Dejan ver los autos:

a) Que la Empresa Puertos de Colombia abrió la licitación pública Ger. 001/83 con *el objeto de contratar, para los años de 1984 y 1985,* el servicio de aseo de sus instalaciones portuarias de Buenaventura.

b) Que el señor Juan Jaime Saldarriaga R., participó en la licitación y le fue adjudicada la zona No. 4.

c) Que con sujeción a los pliegos de condiciones presentó propuesta en los siguientes términos: para el año de 1984, $ 585.026.95 mensuales y para 1985 $ 734.774.85 mensuales, para un contrato de $15.837.681. Como es obvio, no hizo la propuesta con los precios de 1986, porque este año no estaba incluído en el acto de apertura ni en los pliegos.

d) Que el contrato 0040 se celebró en los términos propuestos y por el valor indicado en el literal precedente, aunque con una distribución uniforme e igual para cada una de las 24 mensualidades, a razón de $ 659.903.40 (ver cláusula octava del contrato, a folios 8 del cuaderno principal).

e) Que por lo dispendioso de los trámites legales previstos en los arts. 169 del decreto 222 de 1983, 1, inciso 2o. 21, inciso 1o., 22 y 23 del decreto 3049 de 1986 (autorización de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República), el contrato sólo vino a suscribirse el 8 de octubre de 1984 y a perfeccionarse a fines del mes para empezar su ejecución el 1o. de noviembre siguiente.

Muestran estos hechos debidamente probados que por causas no imputables a los contratantes, el perfeccionamiento del contrato solo vino a lograrse corridos 10 meses del primer año comprendido en la licitación. En otros términos, al perfeccionamiento el contrato a fines de octubre de 1984, su plazo de ejecución de dos años se proyectó hacia 1986, durante 10 meses, cuando según los pliegos y la propuesta debió finalizar en diciembre de 1985.

Es importante no olvidar la idea precedente, ya que ella es fundamental para la definición de este asunto: la demora en el perfeccionamiento del contrato no se debió a culpa o negligencia de ninguno de los contratistas.

Esta afirmación permite sostener así que la controversia indemnizatoria que aquí se dirime no tiene como fundamento el incumplimiento de una de las partes, sino sólo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. En términos generales, lo que ejecuta el contratista debe ser equivalente a lo que percibe por su trabajo, con un margen prudencial de ganancia o lucro.

El expediente revela una realidad incuestionable: Las partes ajustaron su voluntad en torno a un pliego de condiciones, para la ejecución de un servicio de aseo durante dos anualidades específicas, o sea los años de 1984 y 1985, y en torno a una propuesta del licitante vencedor elaborada en consideración a los precios de dicho bienio; precios en los que estaba incluído el valor del salario mínimo legal vigente en esos dos años.

Si circunstancias ajenas a la voluntad de las partes proyectaron su ejecución hasta el 1o. de noviembre de 1986 (10 meses después del bienio que debía culminar en diciembre de 1985), es apenas justo reconocer que debe restablecerse dicho equilibrio, porque durante esos meses tuvo el contratista que prestar el servicio en condiciones mas gravosas a las que le sirvieron de apoyo cuando elaboró su propuesta. Por eso mismo no es un problema de previsibilidad ni cabe hablar aquí de condiciones conocidas por el contratista que no le dan derecho a ser indemnizado, porque lo previsto o lo imprevisto debe jugar dentro del plazo contractual (años 1984 y 1985) y no después de éste. No era previsible pensar que un contrato de aseo para dos anualidades dada (1984 y 1985) tuviera que negociarse con precios de 1986.

Además, nadie podía ignorar y menos la administración, que si el contrato se ejecutaba en parte en 1986, el reajuste del salario mínimo de ese año obligaría al contratista en forma extraordinaria y por fuerza de lo convenido.

La exigencia del cumplimiento del contrato en condiciones mas onerosas que las que debía soportar el contratista rompió el principio del equilibrio financiero a favor de la administración y en contra de aquel; razón por la cual deberá indemnizársele.

Lo precedente muestra que la jurisprudencia citada por el *a-quo* como apoyo de su decisión (sentencia de abril 18 de 1989, proceso 5426, ponente Carlos Betancur Jaramillo) no es exactamente aplicable al caso, porque parte de supuestos fácticos diferentes, como que en el asunto juzgado en esa oportunidad se dió el cumplimiento del contratista, el que quiso escudarse no sólo en la teoría de la imprevisión para justificarlo e imputárselo a la administración, sino en el hecho de un tercero, mientras que en el *subjudice* el contratista cumplió a satisfacción lo de su cargo, pese a que la ejecución se le volvió más onerosa, y pretende no que se declare que la administración incumplió su obligación, sino que debe indemnizársele porque las diligencias que demoraron el perfeccionamiento del contrato rompieron la ecuación financiera del mismo.

El Perjuicio

Muestra el expediente que el contratista tuvo que ejecutar su contrato durante 10 meses del año de 1986; es decir, que debió prestar el servidio de aseo con un personal al que se le había reajustado su salario mínimo en un 24%. Se habla sólo de 10 meses porque solo frente a estos debió soportar el aumento del valor del salario mínimo, ya que el 85 quedó cubierto con los valores convenidos. En tales condiciones esa erogación mensual resultó equivalente $158.376.72 mensuales o sea $ 1.583.767.

Esta suma deberá reajustarse son sujeción a la fórmula $Vp = vh \frac{ind.\ f}{ind.\ i}$;

o sea, Vp igual al valor reajustado a la fecha de esta decisión; vh o valor histórico ($1.583.768); ind. 1 el índice de precios a la fecha de este fallo ($ 219.13); ind. i o indice a octubre de 1986 (61.29). Con estos supuestos, el valor reajustado asciende a $ 5.662.442.

Como lucro cesante, el valor histórico indicado ganará intereses al 6% anual desde noviembre de 1986 y hasta la fecha. Se señala esa tasa por cuanto ella está desprovista de todo sentido revaluacionista. Por este concepto, el valor de la indemnización será $411.780.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de marzo 21 de 1991, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca. En consecuencia:

Declárase responsable a la Empresa Puertos de Colombia de los perjuicios sufridos por el señor Juan Jaime Saldarriaga R.

Condenásele a pagar al mencionado señor la suma de SEIS MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS PESOS ($6.074.222) m/cte.

El pago deberá efectuarse dentro de los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A., y la condena devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios luego.

Deniéganse las demás súplicas. Expídánse las copias autenticadas para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada y estudiada por la Sala de la Sesión de fecha doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

La diferencia numérica entre los agentes y el occiso, la ostentación de fuerza y de exagerada violencia por parte de los policías que participaron, el descontrol y salvajismo de que hicieron gala para lesionar y conducir a la víctima hacia su muerte, permiten concluir que hubo errores, excesos, anomalías, comportamientos ilícitos e injurídicos, por parte de los miembros de la policía, conducen al convencimiento de la existencia de una falta en el servicio que debía prestar la Institución. Así el hoy occiso hubiese previamente obrado violentamente contra los agentes, ello no abría la puerta de ingreso a una actuación de venganza, porque éste no se le permite a la administración, ni a sus agentes.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6426. Actor: Ginner Genner Jiménez Monterroza y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 5 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante la cual se dispuso:

"1. Condénase a la Nación – POLICIA NACIONAL – a pagar a los señores por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos de mil (1.000) gramos oro a cada uno:

"SIXTA TULIA RAMOS, GINNER GINNER (sic) JIMENEZ MONTERROZA, ROSBEL ARSENIO JIMENEZ NARVAEZ, JORGE ALBERTO JIMENEZ PATERNINA, PEDRO PANTALEON JIMENEZ NARVAEZ, NIXON WALBERTO JIMENEZ GUTIERREZ, y ARNULFO ALFONSO JIMENEZ PATERNINA.

"2. Condénase a la Nación – POLICIA NACIONAL – a pagar a los señores por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos de 300 gramos oro para cada uno:

"PEDRO PANTALEON JIMENEZ RAMOS Y ELVIRA ANTONIA JIMENEZ RAMOS".

"3. Condénase a la Nación – POLICIA NACIONAL – a pagar los intereses legales a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

"4. Niéganse las demás pretensiones de la demanda". (Fols. 260 - 261).

ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones

En escrito presentado el 20 de abril de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, Ginner Genner Jiménez Monterroza, Sixta Tulia Ramos, Rosbel Arsenio Jiménez Narváez, Jorge Alberto Jiménez Paternina, Pedro Pantaleón Jiménez Narváez, Nixon Walberto Jiménez Gutiérrez, Arnulfo Jiménez Paternina, Pedro Pantaleón Jiménez Ramos y Elvira Antonia Jiménez Ramos, formularon demanda contra la Nación – Policía Nacional –, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"LA NACION (POLICIA NACIONAL) es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a GINNER GENNER JIMENEZ MONTERROZA, SIXTA TULIA RAMOS, ROSBEL ARSENIO JIMENEZ NARVAEZ, JORGE ALBERTO JIMENEZ PATERNINA, PEDRO PANTALEON JIMENEZ NARVAEZ, NIXON WALBERTO JIMENEZ GUTIERREZ, ARNULFO ALFONSO JIMENEZ PATERNINA, PEDRO PANTALEON RAMOS y ELVIRA ANTONIA JIMENEZ RAMOS, con la muerte de ARSENIO WALBERTO JIMENEZ RAMOS a manos de los Agentes de la Policía Nacional, el 9 de abril de 1989, ocurrida en el Municipio de Sahagún, Departamento de Córdoba.

"a.– Condénase a la NACION (POLICIA NACIONAL) a pagar, a cada uno de los demandantes:

"2. DAÑOS MORALES:

"Con el equivalente en pesos de la fecha de Ejecutoria de la sentencia de mil gramos Oro – fino.

"a.– DAÑOS MATERIALES:

"Por el valor de lo que le deben pagar a los Abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijando el monto de acuerdo con la tarifa de Abogados de Córdoba y de Bogotá, para esta especie de pleitos CUOTA LITIS.

"EN SUBSIDIO:

"El 20% de lo que valga el provecho económico que reciban del pleito, dándole aplicación a los artículos 8o. de la Ley 153 de 1987 y 164 del C. de P. C. y 107 del C. Penal.

"Si no existieren en el expediente bases suficientes para regular los perjuicios que por este concepto se deben a la Madre, Hermanos y a los Hijos de ARSENIO WALBERTO JIMENEZ RAMOS, el Tribunal, por razones de equidad los señalará en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos oro.

"LA NACION, dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el art. 176, 177 y 178 del C. Contencioso Administrativo". (Fols. 1 y 2).

2o. Los hechos

Aparecen relacionados en la demanda, a folios 2 a 4, así:

"a.– El día 8 de abril de 1989, a eso de la media noche, en el Sector Público conocido como SAMURAI, llegó el señor ARSENIO WALBERTO JIMENEZ RAMOS, acompañado por tres de sus hijos, dispuestos a seguir celebrando el cumpleaños de su señor Padre. Sorpresivamente uno de ellos fue atacado por uno de los Agentes de la Policía, quien dándole un puñetazo lo dejó inconsciente por algunos minutos. Su hermano al ver lo sucedido, llegó donde dicho Agente, también vestido de Civil, que portaba un Revólver.

"b.– El finado ARSENIO WALBERTO JIMENEZ RAMOS, al enterarse de lo sucedido y en defensa de sus hijos disparó un arma hiriendo a los dos elementos, mientras que un tercero se daba a la fuga. Más tarde ARSENIO WALBERTO JIMENEZ y sus dos hijos se dirigieron a su domicilio, situado cerca del lugar de los hechos relatados anteriormente.

"c.– Una hora después de lo sucedido, llegó hasta la residencia del señor ARSENIO WALBERTO JIMENEZ RAMOS un grupo de aproximadamente 20 Agentes de la Policía Nacional en el vehículo Oficial de Color

Verde y Blanco Identificado con el número 18-028, Marca Nissan, quienes sin medir palabras prendieron la casa a tiros. Al darse cuenta de que la víctima no salía, el Cabo Primero JULIO CESAR MORENO V., le dio órdenes al Conductor de la Policía, el Agente de apellido FLOREZ, natural del Municipio de Planeta Rica, para que lanzara Gases Lacrimógenos al interior de la residencia del finado JIMENEZ RAMOS y obedeciendo las órdenes cumplió su misión.

"d. Luego procedieron a volar las puertas y se lanzaron al interior de la residencia. El finado JIMENEZ RAMOS se encontraba herido y buscó refugio en la casa de su señora Madre SIXTA TULIA RAMOS, quién trató de ayudarlo. EL CABO, quién se encontraba borracho pues se encontraba en un baile, y otros Agentes se lo arrebataron de las manos, amenazándola de muerte, sin importarle los ruegos y peticiones que no le dieran muerte.

"e.– Posteriormente lo sacaron de la casa de su madre y a unos diez metros le hicieron varios disparos, patadas y puñetazos, hiriéndolo mortalmente. Luego lo llevaron al Comando de la Policía en el estado en que se encontraba y fue torturado. Más tarde fue trasladado al Hospital de ésta ciudad donde murió inmediatamente.

"f.– No conforme con lo cometido en la residencia del señor JIMENEZ procedieron a saquear la casa llevándose una gruesa suma de dinero y prendas de la víctima.

"h.– Cuando esto sucedía un Policía buscaba por debajo de las camas, a los hijos del finado JIMENEZ RAMOS y otro Policía le disparó equivocadamente".

3o. Actuación procesal

La demanda se admitió mediante auto de 10 de mayo de 1989 (Fol. 29) y del mismo se notificaron el Ministro de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional, quienes, por conducto de apoderado contestaron la demanda oponiéndose a las peticiones de la misma con fundamento en una legítima defensa por parte de los agentes de la Policía que intervinieron en los insucesos relatados. Descartan así la existencia de una falla en el servicio y consecuencialmente impetran una decisión contraria a las pretensiones de los demandantes.

Agotado el período probatorio y recaudadas en lo posible las pruebas que las partes habían solicitado, se dispuso correr el traslado de rigor para que presentaran sus alegaciones de fondo, como en efecto así lo hicieron: la actora en escrito de folios 230 a 234 para reiterar los planteamientos y peticiones formuladas en el libelo inicial.

La demandada guardó silencio y el Fiscal del Tribunal en concepto de folios 237 y 238 se pronunció favorablemente a las pretensiones de la demanda.

4o. La sentencia apelada

Encontró el Tribunal que por razón del parentesco con el occiso, los demandantes se encontraban legítimados para intervenir en éste proceso, a título de madre, hijos y hermanos de Arsenio Walberto Jiménez Ramos.

Para efectos de valorar el material probatorio aportado, desestimó el *a-quo* las diligencias efectuadas por la Policía Nacional y la Procuraduría. "Ello porque es una prueba trasladada y que no fue debidamente ratificada dentro del proceso administrativo que aquí se sustanció. Solamente aquellas pruebas que no son susceptibles de ratificación, como por ejemplo, las providencias podrán apreciarse en este proceso".

Se alude entonces en el fallo recurrido a varios testimonios recaudados en el curso del presente diligenciamiento, según los cuales "se percataron que varios agentes de la policía habían uso de sus armas en contra de la residencia del finado ARSENIO JIMENEZ RAMOS, que éste se entregó a las autoridades de Policía vivo, habiendo sido maltrado y resultando posteriormente muerto".

De tales declaraciones, de la inspección judicial practicada a la residencia del occiso, se deduce en el fallo apelado que "todo parece indicar como bien lo afirma el demandante que las actuaciones de las entidades de policía más que ajustarse a los preceptos legales obedecían a la venganza personal por las heridas sufridas por sus compañeros".

Para el Tribunal resultó, pues, acreditada la falla del servicio y "no deja de admirarse de la manera tan irrisoria cómo fueron sancionados disciplinariamente los agentes". De igual manera encuentra establecido el daño con la muerte probada de Arsenio Jiménez Ramos y la relación causal entre el fallecimiento y la falta del servicio. "Lo anterior, concluye el Tribunal, significa que se han satisfecho los elementos para producir una sentencia condenatoria en contra del Estado".

Al definir lo relacionado con los perjuicios de orden moral para la madre y los hijos del occiso se dispuso en la sentencia impugnada un reconocimiento indemnizatorio equivalente a 1000 gramos de oro, para cada uno. A los hermanos se les reconoció la equivalencia en pesos a 300 gramos del mismo metal, también para cada quien.

Por concepto de perjuicios materiales, el Tribunal no hizo reconocimiento alguno, porque se limitaron en la demanda a los gastos de honorarios del abogado, los cuales por expresa disposición legal no son reconocibles.

5o. Razones de la apelación

El apoderado de la parte actora se mostró inconforme con el fallo de primera petición sobre daños materiales, ha debido procederse a decidir la petición subsidiaria y no se hizo, por lo que, por este aspecto, el fallo ha producido detrimento a la parte que represento". En relación con los daños morales padecidos por los hermanos del occiso "su tasación en 300 gramos de oro para cada uno, no se compadece con el dolor sufrido por éstos con la muerte de su hermano ...". Por las anteriores consideraciones, concluye el recurrente, la sentencia debe ser modificada en el sentido de reconocer además, los daños materiales y un incremento a los hermanos del difunto, como daños morales".

Al momento de alegar el apoderado de la demandada manifestó "que OBJETO la aludida sentencia en cuanto ella efectúa el reconocimiento de perjuicios morales a favor de quienes se presentaron al proceso alegando ser hijos de la víctima, así como a sus hermanos...", con relación a los hijos sostiene el memorislista que los certificados de Registro Civil de Nacimiento aportados, carecen de la constancia o nota del reconocimiento por su padre, omisión que se traduce "simple y llanamente en el hecho de que tales personas NO probaron la calidad de hijos de la víctima ...". Similar cuestionamiento hace del reconocimiento indemnizatorio para los hermanos, de quienes se requiere "un trato familiar o afectivo especial, permanente, que debe probarse "..

También en la etapa de alegaciones intervino el apoderado de la parte demandante para reiterar en lo fundamental los planteamientos y razones expresadas en su escrito de sustentación.

El señor Fiscal Décimo de la Corporación, en escrito visible a folios 281 a 288, considera que se probó la responsabilidad de la administración y, por consiguiente, hay lugar a indemnizar los perjuicios morales, cuya tasación y reconocimiento para los hermanos del occiso solicita revocar. En lo demás está de acuerdo con lo decidido en primera instancia.

Cuando se estudiaba el proceso para registros Civiles de Nacimiento de los hijos del occiso, cuya remisión al proceso se dispuso oficiosamente en auto del 21 de noviembre de 1991 (Fls. 289 y 290), para cuyo cumplimiento se allegaron los documentos solicitados, según consta a los folios 294 a 300 del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que para la Sala resulta equivocada la valoración excluyente que hizo el *a-quo* con respecto a las diligencias instructivas de la propia Policía y de la Procuraduría, en cuanto contraría el criterio de la Sec-

ción con respecto a las pruebas practicadas en el curso de informativos disciplinarios adelantados por la misma institución demandada, las cuales, por cuanto han sido conocidas, recaudadas y valoradas por el ente oficial, no hacen necesaria su ratificación o reconocimiento, durante el proceso de responsabilidad.

Ahora bien, en el caso bajo estudio resulta ostensible la falla del servicio que originó el deceso violento de la víctima y la afectación de algunos de los demandantes. Como fundamento demostrativo de la falla aludida, la Sala encuentra demostrado:

a. Que la noche del insuceso, los agentes Alberto Díaz Escorcia, Sony González Caro y Fanor Mezú García, se encontraban en estado de embriaguez y se habían evadido del cuartel de Policía, "pues a ellos les corresponde prestar primer turno de vigilancia junto con toda la sección volante, ..." (Informe Comandante Cuarto Distrito Sahagún. Fol. 83).

2. Que el Agente Alberto Díaz Escorcia se encontraba armado de revólver de dotación oficial "el cual se había negado a entregarlo contraviniendo de esta manera las órdenes impartidas ..." (El mismo informe (Fl. 83).

3. Que entre los Agentes mencionados vestidos de civil y los Jiménez, se produjo una riña iniciada por el agente Díaz Escorcia, quien golpeó a Pedro Jiménez y lesionó levemente con un disparo a Nixon Walberto Jiménez, agresión que originó la reacción armada de Arsenio Jiménez y causó la muerte del agente Díaz Escorcia y heridas al policía Sony González. (Fls. 87 a 92, 105, 106 y 107).

4. Que posteriormente y cuando Arsenio Jiménez se encontraba en su casa de habitación, la policía al mando del Cabo Primero Julio César Moreno Viveros adelantó el procedimiento respectivo para capturar al autor de la muerte y lesiones de los agentes anteriormente nombrados.

5. Que según distintos testimonios, el occiso Arsenio Jiménez se entregó con vida a la Policía, luego de que los agentes rodearon su residencia y la hicieron blanco de una exagerada violencia y ánimo de vindicta, nacido de la muerte y heridas causadas horas antes a dos policiales; así se deduce de lo expresado en este proceso por las siguientes personas:

Julio Enrique Meza: "Yo sé que el señor Arsenio Jiménez estaba dormido en su casa y llegó la Policía haciéndole tiros a su casa, allí se formó un tiroteo de afuera para adentro como aproximadamente a las 4 de la mañana, salió el difunto y se entregó a la Policía con las manos arriba, salió un agente y lo golpió con una trompada y una patada, como a 50 metros de su casa lo tiraron al suelo y lo levantaron nuevamente a patadas, lo cogieron vivo y lo montaron en la camioneta y se lo llevaron, hasta allí, porque el mismo día

había noticia que estaba muerto... conocí a uno de ellos agente Flórez". (Fl. 218).

Leber A. Suárez: "Yo me encontraba al frente de la casa del señor Arsenio Jiménez, cuando la balacera de la Policía contra la casa de él, a su debido tiempo el señor Arsenio salió con las manos en alto, entonces lo leventaron a patadas, lo embarcaron en la patrulla 028 hasta el día siguiente que amaneció muerto... de los agentes conocí al cabo que estaba en esa época aquí, y al agente Flórez, además agregó que a la mañana siguiente por comentarios decían que lo había matado la policía... " (Fol. 219). También se refiere a la actuación de los policiales, la declarante Mercy Carrascal Méndez, quien ante el oficial investigador sostuvo: "... y él venía con las manos en alto, lo maltrataron mucho, lo mandaron a correr, le decían corra malparido, y él no corrió sino tres metros más o menos ahí le dispararon y cayó tendido boca abajo sobre la avenida... después el señor Arsenio Jiménez fue levantado por ellos mismos, ya herido lo embarcaron... le disparó el Cabo y no me dí cuenta de más nada...". (Fols. 93 - 94).

6. Que quienes participaron en el operativo referido eran miembros de la Policía Nacional, según lo manifiestan los presenciales y los propios policías incriminados al rendir sus descargos y explicaciones, cuyos principales protagonistas fueron sancionados disciplinariamente según consta en el concepto del oficial investigador (Fols. 155 a 161), confirmado por el Comando del Departamento de Policía de Córdoba (Fols. 164 a 170).

7. Que Rosbel Arsenio Jiménez Narváez, Nixon Alberto Jiménez Gutiérrez, Pedro Pantaleón Jiménez Narváez, Arnulfo Alfonso Jiménez Paternina, Ginner Genner Jiménez Monterroza y Jorge Alberto Jiménez Paternina, son hijos extramatrimoniales del occiso, quien expresamente los reconoció como tales, según consta en las copias de Registro Civil de Nacimiento de cada uno de ellos. (Fols. 294 a 300).

De las pruebas relacionadas no le queda ninguna duda a la Sala sobre la existencia de una falla en el servicio por parte personal de la Policía Nacional que en la madrugada del 9 de abril de 1989 en un operativo o procedimiento pleno de irregularidades originaron el deceso violento de Arsenio Jiménez.

Sin pretender justificar el comportamiento del occiso cuando con arma de fuego reaccionó por la agresión también armada contra uno de sus hijos, por parte de personal de la policía que se encontraba vestido de civil, armado, en estado de ambriaguez y evadidos del servicio, constituyen indisciplina que actúa como generadora de la falta del servicio; para la Sala, causada la muerte y las lesiones de los dos policiales afectados, tal episodio allí concluyó. Su investigación y valoración de lo acontecido correspondía a la justicia penal.

Por una parte, era de cargo de la Policía Nacional capturar al autor de las conductas punibles, con mayor razón y motivación si los sujetos pasivos de éstas fueron miembros de esa institución, sin que esta circunstancia facultara a los policiales para irresponsablemente hacer uso de su fuerza. Infortunadamente no le entendieron así los miembros de la policía, o nó lo quisieron entender, porque en verdad, antes que cumplir con el deber, pareciera que sólo los impulsaba un ánimo de retaliación y venganza, incompatibles desde todo punto de vista, con el cargo y funciones asignadas a los no siempre bien denominados agentes del orden.

La diferencia numérica entre los agentes y el occiso, la ostentación de fuerza y de exagerada violencia por parte de los policías que participaron, el descontrol y salvajismo de que hicieron gala para lesionar y conducir a la víctima hacia su muerte, permiten concluir que hubo errores, excesos, anomalías, comportamientos ilícitos e injurídicos, por parte de los miembros de la Policía, que conducen al convencimiento de la existencia de una falta en el servicio que debía prestar la Institución. Así Jiménez hubiese previamente obrado violentamente contra los agentes, ello no abría la puerta de ingreso a una actuación de venganza, porque ésta no se le permite a la administración, ni a sus agentes.

Lo anterior cobra mayor respaldo, cuando se lee la providencia mediante la cual fueron sancionados disciplinariamente dos de los principales protagonistas del irregular procedimiento, "por ser responsable de faltas que contempla y sanciona el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional... consistente en *no haber instruído suficientemente al personal bajo su mando* sobre el procedimiento que iban a realizar y *mostrar negligencia y control de los agentes* bajo su mando, *dando lugar a uso excesivo de la fuerza,* cuando trataba de dar captura...". (Fol. 168).

Si a lo anteriormente expresado se agrega la comprobación del fallecimiento violento de Arsenio Walberto Jiménez Ramos, (Fls. 17 y 174), y las consecuencias dañosas y perjudiciales del mismo, generadas en la falla del servicio ya referida, se impone concluir que en el subjudice se dan los tres elementos que integran la responsabilidad extracontractual a cargo de la Administración, cuya declaración expresa en la resolutiva del fallo omitió el Tribunal, pero se hará en esta providencia.

En tal sentido el *a-quo* impuso condenas por perjuicios morales en favor de la progenitora del occiso, Sixta Tulia Ramos y los hijos de aquél, en cuantía equivalente en pesos a 1000 gramos de oro para cada uno. Para los hermanos disminuyó esa equivalencia a 300 gramos del mismo metal.

La Sala no encuentra objeción alguna sobre el reconocimiento indemnizatorio moral para la madre e hijos de la víctima, porque ellos acreditaron su parentesco filial en forma satisfactoria y el monto de la indemnización se

adecúa al criterio expresado por la Sección en distintas oportunidades. Los beneficiados deberán allegar el certificado del Banco de la República sobre el precio interno del oro a la ejecutoria de esta decisión.

No sucede igual, en cambio, frente a los perjuicios de los hermanos de la víctima. La manifestación del *a-quo*, según la cual "no existe prueba alguna en el proceso que revele el trato permanente entre ellos y el afecto que se guardaban. Sin embargo es lógico presumir que también resultaron afectados por la muerte de su hermano, ...", resulta absolutamente contraria a la solución jurisprudencial que el Consejo de Estado le ha dado a estas situaciones, en las cuales se requiere probar, no presumir, los especiales lazos de entendimiento, convivencia y afecto fraternales.

Con respecto a los perjuicios materiales el *a-quo* los denegó porque "se limitaron a los gastos de honorarios de abogado", y la Nación no puede ser condenada en costas.

Para la Sala, resulta razonable la decisión apelada, porque la parte actora, en realidad, al precisar las condenas por daños materiales exigió el costo de honorarios conforme a "la tarifa de abogados de Córdoba y de Bogotá, para esta especie de pleitos CUOTA LITIS" y subsidiariamente "el 20% de lo que valga el provecho económico que reciban del pleito...", sin enunciar clara y separadamente otra petición condenatoria por concepto de daños materiales.

En tales condiciones, mal podía el Tribunal imponer indemnización alguna por perjuicios materiales, cuando no fueron presentados en las peticiones de la demanda, y las que sí lo fueron, incluída la subsidiaria, se dirigían más hacia el reconocimiento de honorarios del abogado recurrente, que hacia los perjuicios de sus poderdantes, los cuales, infortunadamente no fueron adecuadamente pretendidos, ni reclamados.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE administrativamente responsable a la Nación-Policía Nacional, por la muerte violenta de que fue víctima Arsenio Walberto Jiménez Ramos, el 9 de abril de 1989, en la población de Sahagún (Córdoba).

SEGUNDO: CONFIRMASE el numeral 1o. de la sentencia recurrida, es decir, la dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 5 de septiembre de 1990.

TERCERO: REVOCANSE los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada.

CUARTO: NIEGANSE las demás pretensiones.

QUINTO: Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán las copias de las respectivas sentencias, con constancias de ejecutoria, con destino a la Policía Nacional y a los demandantes, precisando cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos. (Artículo 115 del C. de P. C.).

Los beneficiados con la condena por perjuicios morales, deberán allegar con su cuenta de cobro una certificación del Banco de la República sobre el precio interno del oro, a la fecha en que esta providencia cause ejecutoria.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO

Es nítida la falla del servicio a cargo del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto a causa de equivocaciones en los servicios de cirugía y anestesia, se le suministró al occiso óxido nitroso en lugar de oxígeno, comportamiento equivocado éste que originó las graves lesiones que condujeron al fallecimiento de la víctima.

PERJUICIOS A TERCEROS/CONCUBINATO

No le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa calificar si existe o no una supuesta unión familiar, sin que ello impida reconocer el comportamiento sociológico cumplido entre la pareja, para deducir el interés jurídico y económico que a ésta la corresponde en su aspiración indemnizatoria, sobre la base de que la decisión que se tome no podrá ir más allá de este proceso. Es claro que por razón del cuidado y atención que la actora debió dispensar a los hijos procreados con el hoy occiso, ella se imposibilitó para organizarse económicamente, en forma independiente y debió entonces subsistir con la colaboración pecuniaria que le daba el padre de sus hijos, ante cuya ausencia definitiva quedó, por falta de otros recursos de sostenimiento, seriamente afectada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6637. Actor: María Alexia Arango G. y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 11 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, mediante la cual se dispuso:

"1o. Declárase al Instituto de Seguros Sociales responsable de los daños y perjuicios morales y materiales causados a MARIA ALEXIA ARANGO y a sus hijos menores ALEYDA MARIA Y JULIO ROBERTO BARRERA ARANGO, sufridos con ocasión de la muerte de JULIO ROBERTO BARRERA MESA, ocurrida como consecuencia del accidente que se presentó al ser intervenido por médicos de esa entidad.

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración el Instituto de Seguros Sociales pagará por concepto de perjuicios morales a cada uno de los actores el valor de MIL (1.000) gramos de oro, al precio que se cotice este metal al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

"3o. El Instituto de Seguros Sociales pagará por concepto de perjuicios materiales en favor de MARIA ALEXIA ARANGO la suma de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($4.692.275), para ALEYDA MARIA BARRERA ARANGO la cantidad de UN MILLON OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS M.L. ($1.082.413) y para Julio Roberto Barrera Arango la suma de UN MILLON TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M.L. ($1.349.625).

"4o. Las cantidades señaladas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo y moratorios después de este término.

"5o. Dése cumplimiento al artículo 177 del C.C.A.". (Fol. 396).

ANTECEDENTES DE LA SALA

1o. La demanda

En escrito presentado el 25 de marzo de 1988 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en ejercicio de la acción de reparación directa, María Alexia Arango en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango formularon las siguientes pretensiones:

"1. Que el Tribunal de lo contencioso Administrativo de Antioquia, previa audiencia y citación del Sr. Fiscal, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, DECLARE con fundamento en el libro 2, tígulos 10 y 11 que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en su Seccional de

Antioquia, es responsable por los actos y omisiones que ocasionaron perjuicios y daños –Moral y Material– a favor de MARIA ALEXIA ARANGO GIRALDO y de sus hijos menores, ALEYDA MARIA BARRERA ARANGO y JULIO ROBERTO BARRERA ARANGO, a causa de la muerte de JULIO ROBERTO BARRERA MESA, compañero de estable unión libre y padre de los anteriores.

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al I.S.S. a indemnizar por el concepto de daño Moral, así:

Para MARIA ALEXIA ARANGO G. ..... 1.000 gramos oro
Para JULIO ROBERTO BARRERA A. ..... 1.000 gramos oro
Para ALEYDA MARIA BARRERA A. ..... 1.000 gramos oro

"3. Que se condene a los perjuicios Materiales ocasionados (daño emergente y lucro cesante), puesto que el fallecido Sr. Barrera Mesa tenía una labor estable (chofer de taxi mazda) conforme a peritazgo realizado teniente (sic) presente el criterio de las tablas de Garuffa y su actualización de valores económicos, o en su defecto que se condene en abstracto para su posterior liquidación.

"4. Que se liquiden dichos perjuicios de acuerdo al incidente del a. 178 del C.C.A., así como los intereses, tanto comerciales como moratorios, si es del caso.

"5. Reconózcame Personería Jurídica para actuar". (Fols. 139 - 140).

Posteriormente, es escrito visible al folio 149, se reformó la primera petición de la demanda así:

"1. Que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, previa audiencia y citación del Señor Fiscal, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, DECLARE, con fundamento en el libro 2, títulos 10 y 11 que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, es responsable por los actos y omisiones que ocasionaron perjuicios y daños –moral y material– a favor de MARIA ALEXIA ARANGO GIRALDO y de sus hijos menores, ALEYDA MARIA BARRERA ARANGO Y JULIO ROBERTO BARRERA ARANGO, a causa de la muerte de JULIO ROBERTO BARRERA MESA, compañero de estable unión libre y padre de los anteriores". (Fol. 149).

2o. Los hechos

Ampliamente se relacionaron en la demanda en los folios 134 a 139 del cuaderno principal. El Tribunal del conocimiento sintetizó acertadamente lo sucedido, así:

"A fines de 1985, Julio Roberto Barrera Mesa tuvo un accidente automovilístico en el que resultó con '... inclinación de dos vértebras (Aplastamiento dorso-lumbar)' a raíz de lo cual '... le introdujeron dos láminas de aluminio delgadas conocidas en el campo médico como BARRAS DE HARRINGTON'.

"El comportamiento orgánico fue normal hasta noviembre de 1986 cuando empezó a sufrir dolores que aumentaban con el tiempo, razón por la cual consultó tanto ortopedistas particulares como del Instituto de Seguros Sociales.

"El doctor Amadeo Alarcón conceptúo que debía someterse a una intervención quirúrgica, '... para retrotraer los hechos al principio, o sea, extraer las barras de Harrington y observar la nueva reacción orgánica (sic), predisponiendo el cuerpo a nuevos medicamentos.

"Se aceptó por el paciente dicha operación y se fijó como fecha el 30 de enero de 1987. El 28 de Enero del presente año a las 2:15 p.m.; ingresó al Hospital San Vicente de Paul para la realización de los exámenes preliminares. Recuerda mi mandante, que el Dr. Alarcón le expresó la no peligrosidad del acto quirúrgico a su esposo pues era una sencilla práctica sin efectos colaterales'.

"El paciente fue evaluado y preparado, con resultados satisfactorios, todo iba hasta cuando '... En plena operación –ver cuadro del trasoperatorio– se da un PARO CARDIACO que coge de sorpresa a la Anestesióloga, al médico Cirujano y al médico ayudante. Al realizarse maniobras de resucitación por este paro cardíaco, se aplican nuevas drogas; la enumeración en la hoja clínica está en el concepto 'Anotaciones...'.

"Como explicación de lo ocurrido "Hay una nota en la parte superior de la hoja 'Registro de Anestesia' que dice que *hubo cambios en las formas de válvulas de escape de oxígeno y óxido de (sic) nitroso* y viceversa, lo cual *'causó un accidente'* (SIC): hay paro cardíaco, midriasis que dura 20 minutos. Nosotros interpretamos: El paciente recibe 100% de óxido nitroso y etrane más no recibe oxígeno, lo cual generó una ANOXIA CEREBRAL (Ausencia total de oxígeno en el cerebro).

"Como consecuencia de la descerebración las funciones voluntarias del paciente desaparecieron, por lo que quedó respondiendo sólo el sistema reflejo; así se sumió en vida vegetativa hasta el 12 de marzo de 1987, fecha en la que falleció, dejando desprotegidos económica y moralmente a su compañera permanente María Alexia Arango y a los dos hijos menores Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango, damnificados con la falla del servicio médico del Instituto de Seguros Sociales.

"... Barrera Mesa era separado de su esposa María Nieves Díaz Figueroa, hace diecisiete años! Ignoramos su paradero'.

"La subsistencia suya y la de su familia la derivaba de su actividad de chofer de un taxi, que ejecutaba en un vehículo Mazda de su propiedad". (Fols. 381 - 382).

3o. Actuación Procesal

Por auto de 14 de abril de 1988 se admitió la anterior demanda y mediante proveído del 7 de julio del mismo año también se admitió la corrección. (Fls. 144 y 157). Notificado el Instituto de Seguros Sociales, y surtido el traslado respectivo, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma, porque consideró que "las obligaciones que puede contraer el Instituto de los Seguros Sociales... son de medio y nó dé resultado, de tal manera que si no se logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o intervención realizada, solamente podrá ser declarado responsable y condenado a los perjuicios cuando se puede plenamente la culpa de los médicos...".

Cuando se practicaban las pruebas decretadas, comparecieron al proceso María Nieves Díaz Figueroa y sus hijas Sandra Liliana, María Armanda y Doris Barrera Díaz, esposa e hijas legítimas del occiso Julio Roberto Barrera Mesa, quienes solicitan su reconocimiento *ad excludendum* frente a María Arango y sus hijos. El *a-quo* consideró que la acción de reparación directa ejercitada por María Alexia Arango y sus hijas se instauró con fundamento en los perjuicios causados a ellas, a título personal y nó como un derecho hereditario. De igual forma, estimó el Tribunal que la esposa e hijas del difunto, ejercitaron también un derecho personal y no de herencia. Lo anterior le permitió concluír al fallador de primera instancia "que frente a la acción de reparación propuesta a título personal por el perjudicado directo derivado de la responsabilidad extracontractual de la administración, no es jurídicamente posible invocar la figura procesal de la intervención *ad-excludendum* contemplada en el artículo 53 del C. de P. Civil ...". Consecuencialmente aceptó la intervención propuesta. (Fols. 340 a 343).

La decisión anterior fue apelada por la parte solicitante de la intervención *ad-excludendum*. Admitido el recurso y cumplido el trámite correspondiente la Sala, mediante auto de 15 de mayo de 1990, visible a los folios 360 a 365 del cuaderno 1A, dispuso la confirmación del auto apelado.

Evacuadas las pruebas decretadas y vencido el correspondiente período, se corrió traslado a las partes para alegar de bien probado. La demandada cuestiona la valoración pericial de los perjuicios y atribuye el deceso de Julio Roberto Barrera a "una consecuencia natural de los riesgos que todo paciente asume en una intervención de esta naturaleza sin que pueda predicarse una

falla en los servicios médico asistenciales de los Seguros Sociales". La parte actora guardó silencio. El Fiscal Primero del Tribunal encontró "presentes en el caso a estudio los elementos esenciales para deducir responsabilidad administrativa al ISS por la muerte del señor Julio Roberto Barrera Mesa...". (Fol. 375).

4o. La sentencia apelada

Mediante providencia que se encuentra a los folios 380 a 397, el Tribunal Administrativo de Antioquia, despachó favorablemente las peticiones de la demanda en los términos consignados al inicio de este fallo.

Encontró el *a-quo* que en el *sub-judice* se presentaban los elementos estructurales de la responsabilidad, a saber: la falla o falta del servicio, el daño y el nexo causal entre estos dos últimos elementos: En efecto, se razona en la providencia apelada en el sentido de que "no solo se incurre en responsabilidad cuando el agente actúa culposamente; éste se compromete también por error involuntario, por falta de diligencia y cuidado por parte del personal médico, paramédico y administrativo y aún cuando no se toman las precauciones que la técnica y la medicina racionalmente recomiendan para evitar cualquier tipo de riesgo, como por ejemplo cuando a sabiendas se instalan mangueras idénticas... o cuando a esas mangueras se le conectan recipientes de un mismo gas como uso exclusivo traería idénticas consecuencias".

"Ese riesgo –prosigue el Tribunal– se traduce en una falla cuando aún sin culpa y solo por error se le suministra al paciente el gas mortal que le produce el paro cardíaco, la anoxia y la descerebración que fue precisamente lo que ocurrio".

Con fundamento, pues en las versiones testimoniales de los médicos que participaron en la cirugía, las anotaciones de la historia clínica y el contenido del acta de necropsia, concluye el *a-quo* que "ninguna duda queda de que lo que se presentó en este caso fue una protuberante falla del servicio médico quirúrgico prestado por el Instituto de Seguros Sociales al afiliado Julio Roberto Barrera Mesa".

El daño lo infiere al Tribunal, de la muerte de la víctima a causa del "Schock séptico por abceso subfrenico, bronconeumonía, anoxia cerebral". El *mexo causal* lo deduce de la Historia Clínica en donde consta que la anoxia sobrevino como consecuencia de la insuflación de óxido nitroso y etrane en un 100%. De los presupuestos relacionados se llega en el fallo recurrido a la declaración de responsabilidad por la muerte de Julio Roberto Barrera Mesa.

Con relación a los perjuicios derivados de esa responsabilidad, el Tribunal sostiene que la demandante se encuentra legitimada en su condición de concubina, cuyo carácter lo infiere de los distintos testimonios que mencionan su relación de convivencia en compañía del occiso Barrera Mesa. De igual manera estima que sus dos hijos menores se encuentran legitimados. Por lo anterior reconoce a María Alexia Arango, Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango, como indemnización por perjuicios morales el equivalente a 1.000 gramos de oro, para cada una de estas personas.

La indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la reconoció el *a-quo* para las mismas tres personas antes nombradas así: por indemnización debida o consolidada, desde la fecha del fallecimiento de la víctima, hasta la ejecutoria del fallo; por la futura, reconoce a María Alexia por el término de vida probable del occiso y a sus hijos hasta su mayoría de edad. La base económica de la liquidación la toma del salario mínimo vigente al fallecimiento de Barrera Arango, sin atender el dictamen que se produjo en el proceso fundamentado en un ingreso mensual de $190.000 mensuales como conductor de un taxi Mazda, cuya propiedad no se demostró en cabeza del occiso.

5o. Razones de los recurrentes

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales interpuso recurso de apelación contra la providencia del Tribunal porque según su criterio no se dió en el presente caso la falla del servicio que se aduce en el fallo de primera instancia. Estima que no se comprobó que el paciente hubiese recibido más óxido nitroso que oxígeno. Para el caso de mantener la condena estima que los perjuicios morales no deben indemnizarse con el equivalente de 1.000 gramos de oro, porque "Los hijos menores no sienten el mismo dolor moral que los padres, por ejemplo. Y las compañeras, o concubinas, como en el caso que nos ocupa, no pueden sentir el mismo dolor que siente la esposa fiel y solícita". Sobre los perjuicios materiales sostiene que ha debido tomarse en cuenta la merma laboral del occiso.

La parte actora cuestiona el fallo apelado porque no se tomó como base económica la suma de $190.000 mensuales, que supuestamente percibía el occiso en el manejo del vehículo de servicio público de su propiedad. Con respecto a la ausencia de la declaración de renta advertida por el *a-quo*, afirma el apelante que no le era obligatoria su presentación. En cuanto a la falta de demostración de la propiedad del carro, trata de explicarlo porque el mismo ya se había vendido.

El señor Fiscal Décimo de la Corporación encuentra demostrados los elementos axiológicos que constituyen la falta del servicio, el daño y la relación de causalidad, de donde resulta comprometida la responsabilidad del ente público demandado. La condena por perjuicios materiales y morales

la encuentra acertada y solicita la confirmación del fallo objeto del presente recurso. (Fols. 410 a 417).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los aspectos sobre los cuales los recurrentes han fundamentado su impugnación. El primero se refiere a la responsabilidad que puede corresponderle al establecimiento demandado en la muerte de Julio Roberto Barrera Mesa y el segundo al reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales y materiales para cada demandante.

Con relación al primer aspecto, es decir, el de la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, considera la Sala que en este punto debe confirmarse el fallo apelado, porque la decisión correspondiente se acomoda no solo a los principios y orientaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre la responsabilidad por falla del servicio, sino que también es producto de un acertado análisis crítico de la prueba testimonial y documental obrante en el proceso.

En efecto, se encuentran probados las siguientes hechos:

1. Que Julio Roberto Barrera Mesa nació el 23 de febrero de 1939 (Fl. 21).

2. Que María Alexia Arango Giraldo nació el 14 de mayo de 1948. (Fol. 3).

3. Que Aleyda María Barrera Arango, nació el 8 de septiembre de 1976 y que es hija de Julio Roberto Barrera Mesa y María Alexia Arango. (Fol. 4 bis).

4. Que de los mismos padres es hijo Julio Roberto Barrera Arango, nacido el 23 de febrero de 1979. (Fol. 5).

5. Que Julio Roberto Barrera Mesa falleció el 12 de marzo de 1987, a causa de "SHOCK SEPTICO POR ABCESO SUBFRENICO, BRONCONEUMONIA ANOXIA CEREBRAL". (Fol. 4).

6. Que el deceso de la víctima "fue por una encefalopatía anóxica que tuvo efectos esencialmente mortales". (Acta de Necropsia. Fol. 166).

7. Que los médicos Ana Ligia Uribe López (Anestesióloga), Amadeo Alarcón Piedrahita (Especialista Ortopedia y Traumatología) y Fabio Alberto Maya Aristizabal (misma especialidad), eran funcionarios del Instituto de Seguros Sociales. (Fol. 167).

8. Que los profesionales antes relacionados declararon sobre lo sucedido y en lo pertinente así:

a) Fabio Alberto Maya Aristizabal: "... Cuando ya trataron de investigar por la causa del paro, con el óxido nitroso y esa fue la causa del paro cardíaco... Sí, se comentó que había entrado o mejor, que habían trabado las conexiones de oxígeno y óxido nitroso del techo del salón de cirugía... La complicación fue inmediata al parecer por el problema de suministro de gases...". (Fols. 173 a 176).

b) Ana Ligia Uribe de Arango: "Al administrarse oxígeno al 100% el paciente se iba tomando cianótico... debido a que a mí todavía que quedaba duda de que hubiera algo raro en esas conexiones, mandé por otra máquina de anestesia, me la trajeron y la conecté al paciente con oxígeno 100%. El paciente empezó a responder... ya investigando o revisando las conexiones nos dimos cuenta que estaban las tomas en el techo invertidas, de oxígeno y óxido nitroso... más, hizo primero la anoxia cerebral que el paro. Cuando un paciente recibe óxido nitroso al 100% se hace primero el daño cerebral que el paro cardíaco... Días antes del accidente en otra sala de cirugía necesitaron otra máquina de anestesia y llevaron la de esta Sala. Cuando volvieron a traer la máquina hicieron las conexiones invertidas... al estar trocadas las tomas de oxígeno y óxido nitroso, cuando se abre el flujómetro del oxígeno para suministrar oxígeno al paciente, lo que está saliendo es óxido nitroso y al abrir el flujómetro de óxido nitroso lo que está pasando al paciente es oxígeno...". (Fols. 178 a 182).

c) Amadeo Alarcón Piedrahita: "Hice preguntas, averiguaciones sobre qué pudo haber pasado y me dijeron que le estaban posiblemente insuflando más CO2 que oxígeno... Ya en una reunión que nos hicieron en el ISS fue donde escuché que las mangueras estaban conectadas o en el sitio que no correspondía...". (Fols. 182 a 184).

9. Que el paciente ingresó al centro hospitalario en condiciones normales de salud –salvo lo referente al objetivo de su internamiento quirúrgico–, y que a raíz del procedimiento de cirugía o anestesia, entró en una gravísima crisis que culminó con su deceso. Así se deduce de la Historia Clínica de Julio Roberto Barrera Mesa. (Fols. 194 a 298), y se complementa con las conclusiones del Médico Legista autor de la necropsia.

De los hechos relacionados y comprobados, surge en forma nítida la falla o falta del servicio a cargo del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto a causa de errores y equivocaciones en los servicios de cirugía y anestesia, se le suministró al occiso Barrera Mesa óxido nitroso en lugar de oxígeno, comportamiento equivocado éste que originó las graves lesiones que condujeron al fallecimiento de la víctima.

No se trata en este caso de cuestionar el comportamiento de los cirujanos o de la anestesióloga, cuya culpa por no resultar evidente, sirve de fundamento a la defensa de la entidad demandada. Desde luego que las obligaciones en estos casos son de medio y nó de resultado, pero no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (falla del servicio) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico. Dentro del normal desarrollo de las funciones hospitalarias, se encuentra el suministro normal a los pacientes de las drogas, alimentos, atenciones y servicios adecuados para conservar su salud y mantener su integridad y su vida. Consecuencialmente, si se presenta un accidente así sea involuntario, atribuible al establecimiento hospitalario, configurando así la falla del servicio como ocurre en este caso, resulta entonces comprometida su responsabilidad y, por consiguiente, le corresponde o debe asumir la obligación indemnizatoria que aquella le genera.

Para la Sala resultan ostensibles la irresponsabilidad, falta de diligencia y cuidado por parte de quienes directa o indirectamente prestaron el servicio de mantenimiento y utilizaron las fuentes de oxígeno y oxído nitroso en forma equivocada. Es inconcebible que en una Institución hospitalaria donde el ente demandado atiende diariamente a numerosos pacientes en el cuidado y mantenimiento de su salud e integridad físicas, se produzca una falla como la advertida en el caso bajo estudio. Ciertamente no hay lugar a considerar que hubo en este asunto causal exonerativa de responsabilidad, porque lo único que aparece evidente es la ausencia de precauciones por parte del equipo médico que insufló erradamente el óxido nitroso y un total descuido por parte de quienes hicieron las instalaciones que conducían los gases mencionados y, de manera especial, por quienes irresponsablemente inviertieron los conductos de oxígeno y óxido sin detenerse a considerar que su conducta podría generar gravísimas y mortales lesiones en quien utilizara los servicios de salud prestados por los Seguros Sociales.

La Sala no pretende desconocer que por esencia, las intervenciones quirúrgicas conllevan un alto riesgo para la salud del paciente del cual no se puede culpar a quienes las efectúan con el cumplimiento de las precauciones y procedimientos correctos y adecuados, según el caso, porque en estas intervenciones no es físicamente posible garantizar el éxito de las mismas. Sin embargo, cuando se observan descuidos, errores y omisiones como sucede en el *sub-lite,* se impone concluir que no todo el procedimiento fue acertado, que faltó revisión previa del equipo y, por consiguiente, se dió la falla del servicio generadora de la responsabilidad del establecimiento demandado.

Dada entonces la falla del servicio hospitalario de cirugía a cargo del Instituto de Seguros Sociales, así como el deceso accidental de Barrera Mesa,

o sea el hecho dañoso, la relación de causalidad surge también con incuestionable claridad, pues el daño no se habría producido sin aquella, integrándose así los elementos configurativos de la responsabilidad.

Los anteriores razonamientos conducen a la Sala a confirmar la sentencia en cuanto determina la responsabilidad administrativa del establecimiento demandado.

Distinto es el criterio en segunda instancia del asumido por el Tribunal para reconocer y calcular los perjuicios materiales. En efecto, no comparte la Sala la apreciación que lleva al *a-quo* a reconocer en la pareja integrada por María Alexia Arango y Barrera Mesa una relación de concubinato deducido de la posesión notoria de ese estado civil, con fundamento en los testimonios de José William Pineda, Gloria Elena del Socorro Martínez, José Eliécer Zabala Salazar y Ligia Gallego de Gil. Se recuerda que ya en varias ocasiones, con relación a este punto la Sala ha considerado que de acuerdo con expresas disposiciones de la legislación familiar y del Procedimiento Civil, no le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa calificar si existe o nó una supuesta unión familiar, sin que ello impida reconocer el comportamiento sociológo cumplido entre Julio Roberto Barrera Mesa y María Alexia Arango, para deducir el interés jurídico y económico que a ésta le corresponde en su aspiración indemnizatoria, sobre la base de que la decisión que se tome no podrá ir más allá de éste proceso. Es claro que por razón del cuidado y atención que María Alexia debió dispensar a los hijos procreados con Barrera Mesa, ella se imposibilitó para organizarse económicamente, en forma independiente y debió entonces subsistir con la colaboración pecuniaria que le daba el padre de sus hijos, ante cuya ausencia definitiva quedó, por falta de otros recursos de sostenimiento, seriamente afectada.

Precisamente y con miras a que la madre de los menores Barrera Arango no quede desprotegida del apoyo monetario que derivaba de Julio Roberto para ella y para sus hijos, en proporción no acreditada procesalmente, se dividirá el ingreso mensual entre los tres beneficiarios aquí aceptados, por partes iguales, de tal forma que a cada hijo y a su progenitora les corresponda una tercera parte del valor indemnizatorio, el cual tendrá vigencia hasta cuando el hijo menor arribe a su mayoría de edad, cuando se presume que normalmente entonces no requerirá el apoyo que le brinda su madre. Reitera la Sala el criterio expresado en los procesos de María Emma Benavides, María Dolores Martínez y Luis Alberto Figueroa Díaz, fallados el 1o. de octubre, 29 de noviembre de 1991 y 20 de febrero de 1992, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández.

Ahora bien, la liquidación de perjuicios materiales que efectuó el Tribunal, tuvo como base económica el salario mínimo legal vigente para la ocurrencia de la muerte de Barrera Mesa. Tal criterio que la Sala comparte, resulta ser el más adecuado frente a la limitada demostración de menores

ingresos del occiso provenientes de la conducción y explotación económica de un taxi cuya propiedad no se estableció en cabeza de Barrera Mesa, ni antes, ni después de su deceso. De otra parte, si se pretende que el Estado indemnice por la falta de productividad de la víctima, por lo menos ésta o los interesados deben acreditar el monto de los ingresos, con pruebas que permitan cuantificar o por lo menos razonablemente deducirlos, uno de las cuales es la declaración de renta del lesionado o fallecido.

No significa lo anterior que la declaración de renta de la víctima deba considerarse como única prueba de sus ingresos. De ninguna manera. Aquella es apenas un medio de orientación, de referencia, que en combinación con otras demostraciones, permiten al fallador apreciar el monto posible de los ingresos, así como la relación con las personas que se presentan al proceso en calidad de dependientes del afectado.

Perjuicios materiales para María Alexia Arango y sus hijos Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango

Se efectúa la liquidación sobre los siguientes datos:

Nombre del occiso:	Julio Roberto Barrera Mesa
Fecha de nacimiento:	23 de febrero de 1939
Fecha de la muerte:	12 demarzo de 1987
Nombre de la compañera:	María Alexia Arango G.
Fecha de nacimiento:	14 de mayo de 1948
Nombre de la hija:	Aleyda María Barrera Arango
Fecha de nacimiento:	8 de septiembre de 1976
Mayoría de edad:	8 de septiembre de 1994
Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad:	7 años - 5 meses - 26 días - (89.8 meses)
Lapso entre la sentencia y la mayoría de edad:	2 años - 5 meses - 26 días - (29.8 meses)
Nombre del hijo:	Julio Roberto Barrera Arango
Fecha de nacimiento:	23 de febrero de 1979
Mayoría de edad:	23 de febrero de 1997
Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad:	9 años - 11 meses - 11 días (119.3 meses)
Lapso entre la sentencia y la mayor edad:	4 años - 11 meses - 11 días (59.3 meses)

Fecha de la sentencia:	12 de marzo de 1992
Lapso entre el hecho dañoso y la sentencia:	5 años - (60 meses)
Salario mínimo legal (1987):	$ 20.509.80
Sostenimiento personal (25%)	$ 5.127.45
Sostenimiento familiar (75%)	$ 15.382.35
Corresponde a cada demandante (3)	$ 5.127.45
Indice Inicial (Febrero de 1987):	$ 67.15
Indice Inicial (Febrero 1992):	$ 226.46
Renta mensual actualizada:	$ 17.292.06

Indemnización vencida:

Se aplica la fórmula:

$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde: S, es la suma buscada; i, el interes técnico de 0.004867 mensual; Ra, es la renta actualizada ($17.292.06); n, corresponde al número de meses transcurridos entre el daño y la sentencia (60 meses).

$$S = 17.292.06 \frac{(1 + 0.004867)^{60} - 1}{0.004867} = 1.201.532.52$$

Corresponde a la madre y a sus hijos, por indemnización consolidada o debida $ 1.201.532.52 para cada uno.

Indemnización futura

Para Alexia Arango G.

Se cuenta desde el 12 de marzo de 1992, hasta cuando su hijo menor alcance la mayoría de edad, el 23 de febrero de 1997, es decir, 59.3 meses.

Se aplica la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i) - 1}{i(1 + i)}; \text{ donde:}$$

S, es la suma que se busca; Ra, es la renta mensual actualizada; i, corresponde al interés técnico mensual (0.004867); n, es el número de meses a indemnizar (59.3 meses).

$$S = 17.292.06 \frac{(1 + 0.004867)^{59.3} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{59.3}} = 888.845.31$$

Valor indemnización futura $ 888.845.31

Para Aleyda María Barrera Arango

Se aplica la fórmula anterior así:

$$S = 17.292.06 \frac{(1 + 0.004867)^{29.8} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{29.8}} = 478.596.08$$

Valor indemnización futura: $478.596.08

Para Julio Roberto Barrera Arango

Se utiliza el mismo procedimiento y como coincide con las cifras y términos utilizados en la liquidación futura de su progenitora, por cuanto es el hijo menor y arriba a su mayoría de edad el 23 de febrero de 1997, le corresponde como indemnización futura la cantidad de $ 888.845.31.

RESUMEN:

María Alexia Arango G.

a. Indemnización debida:	$ 1.201.532.52
b. Indemnización futura:	$ 888.845.31
SUMA:	$ 2.090.377.83

Aleyda María Barrera A.

a. Indemnización debida:	$ 1.201.532.52
b. Indemnización futura:	$ 478.596.08
SUMA:	$ 1.680.128.60

Julio Roberto Barrera A.

a. Indemnización debida:	$ 1.201.532.52
b. Indemnización futura:	$ 888.845.31
SUMA:	$ 2.090.377.83

Con relación a los perjuicios morales reconocidos a María Alexia Arango y sus hijos Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango en valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada una de estas personas, la Sala considera acertada la estimación que hizo el *a-quo,* la que además se acomoda al criterio valorativo expresado en casos similares. El valor del gramo de oro se liquidará de acuerdo con el precio interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1o., 2o., 4o., y 5o., de la sentencia apelada, esto es, la de 11 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 3o. de la sentencia recurrida, el cual queda así:

El Instituto de Seguros Sociales pagará por concepto de perjuicios materiales en favor de María Alexia Arango Giraldo, la suma de dos millones noventa mil trescientos setenta y siete pesos con 83/100 ($2.090.377.83) moneda legal, para Aleyda María Barrera Arango o a quien sus derechos represente, la suma de un millón seiscientos ochenta mil ciento veintiocho pesos con 60.00 ($1.680.128.60) moneda legal; para Julio Roberto Barrera Arango o a quien sus derechos represente, la suma de dos millones noventa mil trescientos setenta y siete pesos con 83/100 ($2.090.377.83) moneda legal.

TERCERO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias de las respectivas sentencia, con constancias de ejecutoria, con destino al Instituto de Seguros Sociales y a los demandantes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos. (Artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PREJUDICIALIDAD/SUSPENSION DEL PROCESO—Improcedencia/ **PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

La prejudicialidad trae consigo la suspensión temporal de la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias. No siempre que en dos procesos se presente identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa, necesariamente deba concluirse que el proceso se suspenda hasta tanto se resuelva el otro. Las circunstancias particulares que gobiernan cada juicio los hace autónomos e independientes. Las causales de suspensión del proceso son de creación legal y obedecen a enumeración taxativa, por lo que en dicha materia no es procedente interpretaciones extensivas ni analógicas, en otros términos, para el caso concreto la suerte que corría el proceso No. 6026 no dependía de lo que pudiera llegar a tener ocurrencia en el proceso 5741, como insistentemente lo pregona el señor apoderado de la parte actora; lo decidido allá, bien podía ser bien distinto a lo que en efecto se decidió aquí.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

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

Entra la Sala a desatar el incidente de nulidad, propuesto el 22 de abril de 1991 por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de 5 de abril del mismo año.

El incidentista cita como motivos de su pedimento, los siguientes:

"I.– LA CAUSAL.– Es la contemplada en el numeral 5 del artículo 140 del C. de P.C., en concordancia con los artículos 142 y 170 del mismo Código, por haberse dictado la sentencia cuando estaba pendiente el incidente de nulidad de la sentencia proferida en el proceso 5741, por no haber oído al apelante sobre dos puntos trascendentales de ambos procesos: la inconstitucionalidad del Decreto 2862 de 1968 y la solidaridad entre la NACION y el FONDO VIAL NACIONAL por lo que se decida en el proceso 5741, decide, sobre esos dos puntos, en relación con el proceso 6026, dado que son dos puntos, en relación con el proceso 6026, dado que son *'idénticos'* como lo reconoce la misma sentencia que impugno en este escrito.

"II.– LOS HECHOS:

"a) Por el accidente de tránsito ocurrido el 16 de diciembre de 1986 en el paso a nivel del Kilómetro 352 de los FF.CC. Nales., División Pacífico con la Carretera Nacional de Armenia-La Tebaida, conocida como 'TITINA', de la Vereda de Murillo, sitio 'El alambrado', de la Vereda de Murillo, sitio 'El alambrado', de Armenia, Quindío, se demandó a la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte), en acción de reparación directa y cumplimiento, en varios procesos.

"b) Dos de ellos: el 5741, hoy en apelación ante esa H. Sala, iniciado por LUZ MARINA ROA FRANCO y OTROS y el 6026, en el mismo estado, iniciado por OFELIA ADARVE y OTROS, se refieren a los mismos hechos, al mismo derecho, los demandados son los mismos, los apoderados son los mismos, los alegatos son idénticos, las sentencias de primera instancia son IGUALES, por lo que lo que se decida, en derecho, respecto a uno incide decisivamente en la sentencia que deba dictarse en el otro.

"c) En el proceso 5741 se dictó sentencia el 29 de Noviembre de 1990, sin oir absolutamente nada al apelante, ignorando totalmente su alegato.

"d) Como consecuencia de lo anterior, las dos razones fundamentales para el recurso de apelación: 1) la inconstitucionalidad del Decreto 2862 de 1968 y 2) la solidaridad de la Nación y el Fondo Vial Nacional, no fueron estudiadas en la sentencia proferida en el proceso 5741.

"e) Por tal razón, violación del derecho de defensa, se solicitó la nulidad de la sentencia proferida en el proceso 5741 a fin de declarada nula se dictará la definitiva, con análisis de las razones del recurrente.

"f) En este momento procesal, diciembre 6 de 1990 en que se produjo la aludida nulidad en el proceso 5741, se operó el fenómeno de la sus-

pensión para dictar sentencia (art. 170 del C. de P.C.) en el proceso 6026, a conocimiento de la misma Sala y, por lo mismo, sin necesidad de petición de parte.

"g) Contrariando lo anterior, la Sala dicta sentencia en este proceso 6026, sin esperar las resultas del incidente de nulidad en el 5741 y no sólo eso, sino que cita como apoyo la sentencia del 5741 afirmando que dice lo que no dice:

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

"En efecto, dentro del expediente 5741 y mediante sentencia de fecha 26 de Noviembre de 1990, confirmatoria de la sentencia inhibitoria proferida por el mismo Tribunal, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

"... para la Sala la sentencia deberá confirmarse, ya que sí se puso de presente en el proceso la falta de legitimación en causa de la parte demandada. Visto el desarrollo legal en este campo hay que concluír que a partir de la vigencia de la Ley 146 de 1963 (que prohibió los llamados 'pasos a nivel') la obligación construir (sic) los pasos inferiores o superiores en las carreteras construídas con posterioridad a las líneas férreas, estaba a cargo de la Nación. Obligación que se prolongó hasta la vigencia de la Ley 64 de 1967, mediante la cual se creó el Fondo Vial Nacional, establecimiento público que tomó a cargo, entre otros cometidos, el aquí cuestionado.

"'No existe duda de que inicialmente la obligación de construír esos pasos inferiores o superiores estaba a cargo de la Nación. Y tampoco se duda de que entre 1963 y 1967 (leyes 146 y 64) la Nación incurrió en la omisión de ese deber legal. Si el accidente que aquí se analiza hubiera ocurrido en ese período, se habría deducido claramente la relación de causalidad entre el hecho perjudicial y el daño sufrido por la víctima. Pero como la tragedia ocurrió luego (en abril de 1986) cuando ya la Nación no tenía esa obligación, porque esta se le había adscrito al Fondo Vial, habrá que concluir que la demanda se dirigió contra la persona pública no obligada para el efecto.

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

"h) Por tanto, se ha incurrido en la causal de nulidad alegada, por haber dictado sentencia estando suspendida la facultad para hacerlo, hasta cuando se decidiera definitivamente el proceso 5741". (Fls. 1 a 3 del C. No. 2).

Se incorporaron al expediente copias auténticas parciales del expediente No. 5741, que ocupan los folios 9 a 109 del cuaderno No. 2, las cuales se ordenaron tener como pruebas por auto de 27 de febrero del presente año. (Fl. 111 del C. No. 2).

Llegado el momento procesal para decidir el incidente de nulidad, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

1. La causal invocada por el nulidicente es la contemplada por el numeral 5o. del art. 140 del C. de P.C., esto es "cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida". Bajo el ordinal h. del escrito con el cual se promovió la solicitud de nulidad, se reitera que "se ha incurrido en la causal de nulidad alegada, por haber dictado sentencia estando suspendida la facultad para hacerlo, hasta cuando se decidiera definitivamente el proceso 5741".

2. El artículo 170 del C. de P.C., modificado por la reforma No. 88 del art. 1o. del Decreto 2282 de 1989, estatuye las circunstancias que acarrean la SUSPENSION DEL PROCESO. Del contexto de la solicitud de nulidad se deduce que el señor apoderado de la parte actora encuadra la pretensa suspensión del proceso No. 6026, en la segunda de las hipótesis previstas por el referido art. 170 del C. de P.C., esto es "cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los códigos civil y de comercio y en cualquiera otra ley".

3. El fenómeno procesal comunmente llamado PREJUDICIALIDAD, trae consigo la suspensión temporal de la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias. El fín de la prejudicialidad está dado en la uniformidad de la jurisdicción o aplicación concreta del derecho.

4. No siempre que en dos procesos se presenten identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa, necesariamente deba concluirse que el proceso se suspenda hasta tanto se resuelva el otro. Las circunstancias particulares que gobiernan cada juicio los hace autónomos e indepen-

dientes. En el caso concreto del proceso No. 5741 los demandantes son sujetos DIFERENTES a los que ocupan tal posición en el proceso No. 6026 y por tal circunstancia perfectamente era posible que en uno y otro las resoluciones fueran disímiles, así las fundamentaciones fácticas y la parte demandada fueran idénticas. Esta razón resulta de suyo suficiente para concluír en la sinrazón de quien pretende la nulidad so pretexto de que el proceso No. 6026 legalmente se hallaba suspendido hasta tanto se desatará el incidente de nulidad impetrado dentro del expediente No. 5741.

5. Las causales de suspensión del proceso son de creación legal y obedecen a enumeración taxativa, por lo que en dicha materia no es procedente interpretaciones extensivas ni analógicas, en otros términos, para el caso concreto la suerte que corría el proceso No. 6026 *no dependía* de lo que pudiere llegar a tener ocurrencia en el proceso No. 5741, como insistentemente lo pregona el señor apoderado de la parte actora: lo decidido allá, bien podía ser bien distinto a lo que en efecto se decidió aquí mediante la sentencia de 5 de abril de 1991. Así, teóricamente en cualquiera de los dos expedientes podía presentarse el fenómeno de ilegitimidad de personería por activa, mientras en el otro tal extremo subjetivo podía estar bien constituído, o, que en uno de ellos, por no haber cumplido con la carga de la prueba se produjera sentencia desestimatoria, cuando en el otro bien pudiera concluirse con resolución condenatoria.

6. Por último, no debe perderse de vista que las causales de nulidad son taxativas, situación que recalca el propio enunciado del art. 140 al decir que el proceso es nulo en todo o en parte, SOLAMENTE en los eventos que enumera a continuación. Es el principio que se conoce en doctrina con la expresión *"Ne pas de nullitte Sans texte", o, principio de ESPECIFICIDAD.*

De lo atrás consignado, se impone despachar desfavorablemente la solicitud de nulidad formulada por el señor apoderado de la parte actora.

En consecuencia, la Sala

RESUELVE:

RECHAZASE la nulidad impetrada contra la sentencia de 5 de abril de 1991, proferida por ésta Sección dentro del expediente de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/OBLIGACION DE MEDIO

Sin pretender exigir al servicio médico una obligación de resultado, porque ella es de medio, esto no significa que los médicos, y demás profesionales que tengan relación con el paciente, no estén obligados a ofrecer, por lo menos, todos los recursos técnicos que se encuentran a su alcance, de tal forma que sin avalar su supervivencia, sí le garanticen a cada paciente los mejores y más oportunos auxilios de medicina, laboratorio, cirugía, farmacia, etc., sometidos, desde luego, a la capacidad técnica real del establecimiento respectivo. Para la Sala no se cumple con esta obligación cuando al herido no se le suministran los tratamientos médicos y farmacéuticos pertinentes y adecuados, esto es, no se le prescriben oportunamente los antibióticos necesarios como medida profiláctica, es decir, antes de iniciarse el proceso infeccioso, cuya gestación debió comenzar el mismo día de su internamiento en la clínica.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6654. Actor: Fabiola Ariza de León.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 6 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Las pretensiones:

La señora Fabiola Ariza de León en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Astrid Fabiola y José Luis León Ariza, con fecha 9 de marzo de 1984 y por conducto de apoderado formularon demanda ante el Consejo de Estado para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Petitum.

"1.1 La Nación Colombiana –Caja Nacional de Previsión Social es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que han sufrido y continuarán padeciendo la señora FABIOLA ARIZA DE LEON y sus menores hijos ASTRID FABIOLA y JOSE LUIS LEON ARIZA, como consecuencia de la muerte de su esposo y padre, respectivamente, señor LUIS JESUS LEON FERNANDEZ ocurrida el día 23 de diciembre de 1981 por fallas médicas en las dependencias de la Clínica de la Caja Nacional de Previsión Social el día 23 de diciembre de 1981 a esto de las 10 de la mañana.

"1.2 Condénase a la Nación Colombiana –Caja Nacional de Previsión Social– a pagar por concepto de daños y perjuicios patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) a la señora FABIOLA ARIZA DE LEON la suma de $10.320.000.oo moneda corriente colombiana o la cantidad en pesos que se demuestre en el proceso o posteriormente mediante los trámites establecidos por los Artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, y por perjuicios morales subjetivos lo equivalente en pesos a mil gramos de oro puro al momento de la sentencia según certificado del Banco de la República que se anexará a la respectiva cuenta.

"1.3 Condénase a la Nación –Caja Nacional de Previsión Social a pagar a la menor ASTRID FABIOLA LEON ARIZA, representada por su madre señora FABIOLA ARIZA DE LEON por concepto de perjuicios materiales la suma de $1.200.000.oo moneda corriente colombiana o la cantidad en pesos que se determinen en el proceso o posteriormente mediante los trámites establecidos por los Artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, y por perjuicios morales subjetivos lo equivalente en pesos a un mil gramos oro puro al momento de la sentencia según certificado del Banco de la República que se anexará a la respectiva cuenta de cobro.

"1.4 Condénase a la Nación Colombiana –Caja Nacional de Previsión Social– a pagar al menor JOSE LUIS LEON ARIZA representado por su madre legítima señora FABIOLA ARIZA DE LEON, por concepto de perjuicios materiales, la suma de $1.440.000.oo moneda corriente colombiana o la cantidad en pesos que se determine en el proceso o posteriormente

mediante los trámites establecidos por los Artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, y por perjuicios morales subjetivos lo equivalente en pesos a mil gramos oro puro al momento de la sentencia según certificado del Banco de la República que se anexará a la respectiva cuenta de cobro.

"1.5 Subsidiariamente, si no surgiere de los autos la base suficiente para liquidar el valor de los daños patrimoniales, solicito que se tasen por la Sección, equitativamente, hasta el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos oro puro, para cada uno de los demandantes.

"1.6 La Nación Colombiana –Caja Nacional de Previsión Social cumplirá el fallo en los términos de los Artículos 121 y 122 del C.C.A., vencido el primer mes, contado a partir de la presentación de la cuenta respectiva comenzarán a correr intereses a la tasa del 24% anual.

"1.7 Comuníquese esta sentencia al Ministerio de Hacienda y a la Caja Nacional de Previsión Social.

"1.8 Que la liquidación sobre perjuicios materiales se divida en indemnización debida y en indemnización futura aplicando las tablas de las matemáticas financieras, conforme lo acostumbra en la Sección Tercera". (Fols. 15 a 17).

El libelo anterior no fue admitido por esta Corporación y se dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde por auto de 26 de abril de 1984, se le solicitó al interesado "adecuar el libelo a las nuevas exigencias".

Para cumplir lo dispuesto, el apoderado de la parte actora, presentó el escrito de folios 39 a 48, cuyas pretensiones las acomodó al Decreto 01 de 1984 de reciente expedición a la iniciación del proceso, sin variar en lo fundamental el *petitum* de su primer libelo.

2o. Fundamentos de hecho

Los relaciona la parte demandante en 38 numerales, (Fols. 18 a 24 Cdno. 1) que la Sala sintetiza así:

El 7 de noviembre de 1981, en las primeras horas de la mañana, se accidentó Luis Jesús Fernández y se fracturó el maxilar izquierdo, razón por la cual fue conducido a la Clínica de la Caja Nacional de Previsión en Bogotá y a las 4 de la tarde fue internado en la habitación 238 A de dicho establecimiento.

Sin embargo, sólo hasta el 16 de noviembre a la 1 de la tarde, le fue practicada la intervención, que consistió en un cerclaje intermaxilar. En los

días siguientes la boca del lesionado "le olía muy mal" y consideran los esposos León Ariza que podría ser a causa del "maltrato de la operación".

Al aparecer una infección en la boca, el odontólogo que había intervenido, procedió a tratarlo, drenó la herida para que evacuara la "materia negra y fétida acumulada". Sin embargo no había recuperación y según se dice en la demanda, la "indolencia y falta de humanidad "era tal, que ni le cambiaban el apósito receptor de la fétida materia.

Por el estado progresivo de enfermedad del paciente, se procede a otros exámenes, y se le busca atención de especialistas (internistas y neumólogos). Se estableció que portaba un "estafilococo dorado". Posteriormente aparecen complicaciones pulmonares que culminan en acceso de tos, con expulsión sanguínea y fallece el 23 de diciembre de 1981.

El occiso había nacido el 28 de noviembre de 1952, se casó con FABIOLA ARIZA DIAZ y procrearon a Astrid Fabiola y José Luis León Ariza. Al fallecer devengaba $50.000.oo como Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas.

3o. Actuación procesal

Por auto de 28 de mayo de 1984 se admitió la demanda y se notificó a la entonces Directora de la Caja Nacional de Previsión, quien por conducto de apoderado propuso las excepciones de "falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y trámite inadecuado de la demanda...". Por auto de 17 de octubre de 1984 (Fols. 61 a 64) se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y una vez recaudadas, en cuanto fue posible, se corrió traslado para que alegaran de conclusión.

La demandante, en escrito de folios 195 a 196 reitera sus planteamientos iniciales y sostiene que si el occiso se contaminó "después del cerclaje intermaxilar fue por obra de la propia Administración, pues no puede predicarse que ese sea un riesgo que debe correr un paciente cuando es sometido a una práctica quirúrgica tan sencilla". Considera "plenamente establecida" la falla del servicio por la contaminación del paciente "como consecuencia de la falta de condiciones asépticas durante la intervención...", sin que se dé causal exonerativa alguna, por lo que, "en consecuencia debe fulminarse sentencia condenatoria contra el ente demandado".

Para el Fiscal Sexto del Tribunal, las pretensiones de la demanda no deben prosperar por cuanto "el tratamiento dado al paciente Luis Jesús León Fernández por la Caja Nacional de Previsión Social, fue el que se considera normal y necesario, aplicable al tipo de lesión sufrida, conforme con el experticio rendido, y además tampoco aparece probado que la intervención quirúrgica a que fuera sometido se hubiera practicado en un lugar no apto para hacerlo". (Fol. 201. Cdno 1).

4o. La sentencia recurrida

En providencia que óbra a folios 203 a 209 el *a-quo* desestimó las pretensiones de los demandantes porque no encontró probada la falla del servicio "ni proporcionalidad entre la atención médico asistencial prestada y el resultado fatal que se le endilga a la administración...".

En los siguientes términos se condensa la posición del Tribunal frente al caso bajo estudio:

"El examen de los elementos de la responsabilidad, no encontramos prueba de la falla del servicio predicada. La prueba reseñada en el capítulo corresponde no lleva a concluir que la muerte de LUIS JESUS LEON FERNANDEZ tenga como causa determinante una equivocada prestación del servicio médico hospitalario por errores humanos o técnicos. No se encuentra dentro del informativo, y en conclusión de las pruebas reseñadas arriba que la causa eficiente hubiese sido una falencia en el servicio público de la clínica, bien humana o técnica y más bien se evidencia que la sepsis o infección generalizada se provocó por una invasión de microbios o bacterias, propias del medio humano, se vieron facilitado su desarrollo gracias a las condiciones personales del paciente con bajas defensas.

Y sabiéndose que la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de reclamar la prueba de la negligencia, imprudencia, impericia o violación de normas o reglamentos, cierto es que aquí no se vislumbra por ninguna parte tal error de conducta". (Fol. 208).

5o. Razones del apelante

Inconforme la parte demandante apeló de la sentencia y sustentó el recurso mediante el escrito visible a los folios 217 a 224, en cuyo texto se contiene un permanente cuestionamiento al criterio valorativo y probatorio del Tribunal.

Para el recurrente, las siguientes conclusiones a que arriba, son suficientes para revocar la sentencia apelada y en su lugar proferir un fallo condenatorio. Estima que ante la ciencia médica las únicas enfermedades que no se ha vencido "son algunos cánceres y el sida", que la asistencia médica fue tardía; al paciente se lo atendió en un consultorio y no en un quirófano; y que al herido sólo le suministraron antibióticos después de la intervención, es decir, después de seis días de haber ingreso al servicio; que el "stress hospitalario" se acentuó por la demora.

6o. El concepto fiscal

El señor Fiscal Décimo de la Corporación consideró que se debe confirmar la sentencia objeto del presente recurso. Para así concluír sostiene el

Agente del Ministerio Público que "el apoderado de la actora no aportó al proceso una sola evidencia incriminatoria contra la entidad pública demandada que demostrará que por presunta negligencia en la prestación de los servicios médico-odontológicos, se produjo la muerte del señor Luis Jesús León Fernández. Se limitó a afirmar, sin ningún fundamento científico, que la infección generalizada que ocasionó la muerte del paciente, se debió a la inoportuna atención asistencial, a la impericia e indolencia del cuerpo médico y a la circunstancia de que el recinto donde se practicó el cerclaje intermaxilar, no estaba en condiciones asépticas.

Con apoyo en el dictamen pericial y su ampliación, así como fundamentado en los testimonios de especialistas, concluye el Fiscal colaborar que "el infortunio rondó la humanidad del paciente y fueron agentes extraños a la diligencia y cuidados de la clínica, los que precipitaron su fallecimiento".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo recurrido debe revocarse porque no comparte la valoración de los hechos y de las pruebas que hizo el Tribunal, para absolver a la entidad demandada.

Sin pretender restarle credibilidad a los distintos medios probatorios que fundamentaron la sentencia absolutoria, estima la Sala que por fuera de la misma quedaron sin análisis, ni valoración, distintas circunstancias de hecho y de derecho que conducen hacia un pronunciamiento de responsabilidad administrativa, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

Objetivamente analizado el proceso médico, quirúrgico y clínico a través del cual hubo de pasar el lesionado Luis Jesús León Fernández, desde el instante mismo de su ingreso, hasta cuando se produjo su fallecimiento, permite concluir que este último se originó en irregularidades y deficiencias en el servicio de atención médica de la Caja Nacional de Previsión al paciente, afiliado a la Institución y con plenos derechos de recibir íntegra y completa asistencia, derivado tal derecho entre otros motivos, del aporte económico de afiliación y del descuento mensual salarial con destino a la referida Caja de Previsión.

Sin pretender exigir al servicio médico una obligación de resultado, porque ella es de medio, esto no significa que los médicos, y demás profesionales que tengan relación con el paciente, no estén obligados a ofrecer, por lo menos, todos los recursos técnicos que se encuentran a su alcance, de tal forma que sin avalar su supervivencia, sí le garanticen a cada paciente los mejores y más oportunos auxilios de medicina, laboratorio, cirugía, farmacia, etc., sometidos, desde luego, a la capacidad técnica real del establecimiento respectivo.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, el señor Luis Jesús León Hernández ingresó a Urgencias de la Caja Nacional de Previsión, el 7 de noviembre de 1981 por trauma maxilofacial sufrido en accidente, con ostensibles signos de dolor, "huellas de sangrado en cara en región temporo maxilar... En las encías inferiores hay sangrado por diente posiblemente fracturado. Se ordenan Rx, analgésicos y Val. por Maxilo facial" (Fol. 6 Cdno. 3). El mismo día, por la tarde, fue hospitalizado para programar la intervención correspondiente. Cabe advertir que hasta el momento al paciente no se le ha formulado ningún medicamento indicado para prevenir una infección, no obstante el concepto de expertos varias veces consignado en este proceso, según el cual "Muchas fracturas maxilares tienen como una de las tantas complicaciones expuestas anteriormente, *contaminarse por presencia de estafilococos, bacterias que persisten normalmente en la flora bucal,* pero en ocasiones por una baja de defensas del organismo entre ellas el stress hospitalario acompañado del traumatismo de la mucosa, dieta mal balanceada, esta complicación tiende a suceder, *por lo tanto se prescriben antibióticos como medida profiláctica"* (Dictamen pericial Fl. 185 Cdno. 1).

Pues bien, de acuerdo con la hoja o control de evolución, a pesar del sangrado bucal reseñado en urgencias y, con desconocimiento u omisión de las más elementales medidas de profilaxis, se ordena su hospitalización sin prescribirle antibiótico de ninguna naturaleza y así se lo mantuvo hasta el 13 de noviembre cuando se cumplió el procedimiento quirúrgico. Agréguese a lo anterior el criterio de los peritos al referirse en el punto 7o. de la ampliación de su dictamen al "Tratamiento adecuado", en el cual proponen: 1o. El examen clínico, 2o. el radiográfico, 3o. la clasificación del tipo de fractura", 4o. cubrimiento con antibiótico mínimo 5 a 7 días", 5o. cerclaje inermaxilar... , "en lo posible en el quirófano". Desde luego que fue deficiente el servicio al omitir la prescripción previa y profiláctica de antibióticos para prevenir contaminación en un medio como el bucal tan adecuado y fértil para las infecciones.

El 13 de noviembre, se practica la reducción de fractura del maxilar inferior y comienza el proceso evolutivo que culmina con su fallecimiento. Inicialmente se presenta abundante drenaje, y ya el propio paciente acusa, "mal olor", luego se drena "abundante pus" y se anota: "Está expectorando entre los dientes pura pus", y solo el 24 de noviembre, luego de 11 días de ser intervenido, se dispone la práctica de exámenes de laboratorio. El 25 de noviembre es revisado por Neumología y se ofrece un diagnóstico desfavorable. Se le prescriben antibióticos diferentes. El 26 del mismo mes, lo controla Medicina Interna y lo encuentra "en pésimo estado general" y se considera el caso "de pronóstico reservado". Diagnostica septicemia por estafilo coccica y Gram negativas.

La salud de León Fernández prosigue en permanente recaída, sin que sean suficientes los cuidados y atenciones que el personal médico de la Caja Nacional de Previsión le brindará cuando va prácticamente su caso era perdido.

Resalta igualmente la Sala el comportamiento quirúrgico seguido en este caso, pues, no obstante la programación previa de seis días para intervenirlo, el procedimiento no se realizó en una Sala de Cirugía, sino en el consultorio del odontólogo tratante, comportamiento contrario al criterio de los expertos (odontólogo-estomatólogo y médico) quienes recomiendan en lo posible en el quirófano, seguramente por las mejores posibilidades y medios al alcance del cirujano, así como por encontrar un mejor ambiente higiénico, menos propenso y favorable a contraer algún tipo de infección.

De otra parte, recuerda la Sala el concepto del odontólogo tratante Trespalacios, quien no obstante admitir que el paciente "al sufrir el golpe en el mentón, *este golpe ocasiona un trauma en los tejidos blandos* que no necesariamente en este caso presentaba una herida en pie sino *el mismo traumatismo hace que el paciente tenga que defenderse de dicho trauma y evolucione hacia un abceso* y de éste posteriormente a una sepsis y quiero aclarar que cuando se sospechó de su estado general fue cuando se solicitaron las interconsultas a medicina interna y cirugía general que es lo acostumbrado" (Fol. 57 Cdno. 2). Si las cosas eran así, si lo del abceso era consecuencia del traumatismo inicial, por qué razón entonces no se trató profilácticamente desde el primer día al lesionado, con miras a prevenir la eventual infección que puede originarse en un abceso?.

Como ya se expresó, imposible resultaría exigirle al Estado una garantía de curación. Pero sí está en la obligación de garantizar el aporte de todos los recursos a su alcance para lograr que el enfermo supere la enfermedad. Y para la Sala no se cumple con esta obligación cuando al herido no se le suministran los tratamientos médicos y farmacéuticos pertinentes y adecuados, esto es, no se le prescriben *oportunamente* los antibióticos necesarios como medida profiláctica, es decir, antes de iniciarse el proceso infeccioso, cuya gestación debió comenzar el mismo día de su internamiento en la clínica.

De sobra estaría afirmar la fabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión y así lo entiende con perfecta claridad la Sala. Lo que sí resulta incomprensible es la apatía y superficialidad con que se trató al herido León Fernández por parte especialmente del odontólogo que dispuso su inicial internamiento y que practicó el cerclaje intermaxilar. Fue sin duda ligera su conducta profesional al dejar casi una semana sin antibióticos a un enfermo con fractura del maxilar, con sangrado interno bucal. Como también lo fué, al permitirse esa misma falta de atención personal en los tres primeros días siguientes a la intervención (el fin de semana), términos valiosos de prevención y tratamientos preventivos absolutamente desperdiciados.

Pero no sólo se presentó una deficiente atención al inicio del lamentable proceso de enfermedad, sino que aún cuando su gravedad era ostensible, la entidad demandada no suministró toda la droga necesaria, sino que ésta le correspondió a la esposa del enfermo adquirirla de su propio peculio, sin contar guantes, jeringas y otros elementos. Sin duda estos aspectos configuran una deficiencia más del servicio de atención médica que la Caja Nacional de Previsión estaba obligada a prestarle eficientemente al ciudadano, al empleado oficial que mensualmente aportaba para recibir, cuando fuera necesario, el servicio médico requerido, el cual, cuando lo necesitó se quedó corto, fue ineficiente, inoportuno y descuidado, para brindarle prevención, protección y tratamiento adecuado frente a un eventual proceso infeccioso de cuya gestación el odontólogo tratante no era ignorante.

Esta serie de omisivos comportamientos por parte de la entidad de previsión, no configuran el cumplimiento de la obligación de medio que a Cajanal le correspondía, porque no satisface este tipo de obligación el deudor que posterga el tratamiento médico y quirúrgico del enfermo; que lo enclaustra en la Clínica y lo convierte en una simple historia con el número correspondiente de identificación, que deja un lapso de casi una semana para efectuar el procedimiento indicado, sin previo apoyo en tratamiento adecuado y oportuno de droga, especialmente antibióticos, lo interviene en un medio cuya asepsia no puede ofrecer la mejor garantía y, para complemento, sólo cuando es manifiesta la gravedad del paciente, e inoportuna, por tardía, la colaboración de otros profesionales especialistas, se acude a éstos, cuyos testimonios escritos en la historia clínica y relatados ante el Tribunal, coinciden en señalar el avanzado estado de gravedad en que vinieron a conocer y tratar al enfermo León Fernández.

De lo anteriormente relacionado, concluye la Sala que en el *sub-judice* se presenta una evidente falla del servicio médico de la Caja Nacional de Previsión, por cuanto el mismo fue inoportuno, inadecuado, irregular e ineficiente, en grado tal que llevó al deceso del afiliado Luis Jesús León Fernández, y que permite, de otra parte, declarar la responsabilidad administrativa de la entidad demandada por cuanto el daño fue consecuencia de la falla del servicio mencionados.

Con fundamento en la conclusión anterior, corresponde establecer lo referente a los perjuicios causados a los demandantes, Fabiola Ariza Díaz como cónyuge (Fl. 109 Cdno. 1) sobreviviente y Astrid Fabiola y José Luis León Ariza como hijos legítimos del occiso (Fls. 6 y 7). A los tres, por concepto de perjuicios morales derivados del parentesco y conforme al criterio generalmente aplicado por la Sala, se les reconocerá para cada uno el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, al precio interno que de dicho metal certifique el Banco de la República a la ejecutoria de esta providencia.

Con relación a los perjuicios materiales, la Sala considera debidamente probado que la esposa y sus hijos dependían económicamente del occiso. Así

lo manifiestan Marlene Duarte Díaz (Fl. 33 Cdno. 2), Miguel Alarín Ramos (Fol. 34) y Asdrúbal Quiroga (Fl. 35). Su actividad laboral y sus ingresos se demuestran con las comunicaciones suscritas por el Jefe de Personal de la Contraloría General de la República, según la cual para el 23 de diciembre de 1981, el occiso "desempeñaba el cargo de Revisor de Documentos Nivel Técnico Grado 3, con una asignación básica mensual de $12.300.oo)). (Fl. 31 Cdno. 2), y por la tesorera de la Contraloría, según la cual a León Fernández le pagaron $12.300.oo por sueldo mensual y $600 por subsidio de alimentación. Se tomará entonces como ingreso mensual, la suma de $12.900.oo, cuyo valor deberá actualizarse de acuerdo con los índices de precios al consumidor vigentes en Diciembre de 1981 y en marzo de 1992, según lo certifique o haga conocer el DANE.

Se utiliza la fórmula $Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$; donde Vp, es el valor presente; Vh, el valor histórico o inicial ($12.900.oo); el índice final es de 226.46 y el índice inicial 25.18.

$$Vp - 12.900 \frac{226.46}{25.18} = 116.018.03$$

Renta actualizada: $ 116.018.03

Para liquidar la condena por perjuicios materiales se tomarán dos períodos, el vencido o consolidado que comprende desde el hecho dañoso (23 de diciembre de 1981) hasta la fecha de esta providencia (26 de marzo de 1992). El segundo período o futuro, comprende en el caso de la viuda el término probable de supervivencia de ésta, por ser menos que el de su esposo (406.44 meses). Para los hijos se tendrá en cuenta el arribo a su mayoría de edad, en este caso únicamente para José Luis León Ariza, quien cumple 18 años el 27 de enero de 1997, (58 meses) porque Astrid Fabiola los cumplió el 9 de noviembre de 1991.

Se toma como ingreso mensual actualizado, la cantidad de $116.018.03 de la cual se presume que la víctima dedicaba un 25% ($29.004.50) para sus propias necesidades, y el 75% restante ($87.013.52) para su esposa e hijos, en proporción del 50% para aquélla ($43.506.76) y 50% para éstos ($43.506.76), correspondiéndole a cada hijo la suma de $21.753.38.

Indemnización debida o consolidada

Va desde la fecha del daño (23 de diciembre de 1981), hasta la fecha de la sentencia (26 de marzo de 1992), es decir, 10 años, 3 meses, (123 meses). Para liquidarla se utiliza la fórmula

$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde: S, es la suma que se busca, i, es el el interés técnico mensual; Ra, la renta actualizada y, n, corresponde al número de meses a indemnizar.mensual;

Para Fabiola Ariza de León

$$S = 43.506.76 \frac{(1 + 0.004867)^{123} - 1}{0.004867} = 7.303.306.16$$

Indemnización debida $7.303.306.16

Para Astrid Fabiola y José Luis León Ariza

$$S = 21.753.38 \frac{(1 + 0.004867)^{123} - 1}{0.004867} = 3.651.653.08$$

Indemnización debida para cada uno:
$3.651.653.08

Indemnización futura

Para Fabiola Ariza de León

Se toma su término probable de vida conforme a las Tablas de Mortalidad adoptadas por la Superintendencia Bancaria, que en el caso de la demandante es de 33.87 años (406.44 meses).

Se utiliza la fórmula $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$; donde: Ra, es el arenta actualizada ($43.506.76); i, es el interés técnico mensual (0.004867); n, corresponde al número de meses a indemnizar (406.44).

$$S = 43.506.76 \frac{(1 + 0.004867)^{406.44} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{406.44}} = 7.696.672.93$$

Indemnización futura $ 7.696.672.93

Para José Luis León Ariza

Se utiliza la misma fórmula, así:

$$S = 21.753.38 \frac{(1 + 0.004867)^{58} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{58}} = 1.096.945.75$$

Indemnización futura $ 1.096.945.75

Resumen:

Fabiola Ariza de León

a)	Indemnización debida	$ 7.303.306.16
b)	Indemnización futura	$ 7.696.672.93
	SUMA	$ 14.999.976.09

José Luis León Ariza

a)	Indemnización debida	$ 3.651.653.08
b)	Indemnización futura	$ 1.096.945.75
	SUMA	$ 4.748.598.83

Astrid Fabiola León Ariza

a)	Indemnización debida	$ 3.651.653.08
b)	Indemnización futura	– no le corresponde por edad –

Por último, conviene aclarar, dados los términos de la demanda, que la Caja Nacional de Previsión por tratarse de un establecimiento público es persona jurídicamente distinta de la Nación y comparece al proceso independientemente de ésta.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 6 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la Caja Nacional de Previsión por la muerte de Luis Jesús León Fernández, ocurrida en la Clínica de esa entidad en esta ciudad el 23 de diciembre de 1981.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Caja Nacional de Previsión a pagar por concepto de indemnización por perjuicios materiales a Fabiola Ariza de León la cantidad de CATORCE MI-

LLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON 09/100 ($14.999.979.09) moneda legal; a Astrid Fabiola León Ariza la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON 08/100 ($3.651.653.08) moneda legal; y a José Luis León Ariza, o a quien sus derechos represente, la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON 83/100 ($4.748.598.83) moneda legal.

CUARTO: Condénase a la Caja Nacional de Previsión a pagar por concepto de indemnización por perjuicios morales el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, para cada una de las siguientes personas: Fabiola Ariza de León, Astrid Fabiola León Ariza y José Luis León Ariza o a quien sus derechos represente, de acuerdo con el precio interno que de dicho metal certifique el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo.

Los interesados deberán acompañar con su cuenta de cobro la certificación antes mencionada.

QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones.

SEXTO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para cuyos efectos se expedirán copias de la sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a la Caja Nacional de Previsión y a los demandantes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos. (Artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SUBROGACION/LEGITIMACION EN LA CAUSA/NOMBRE COMERCIAL/CARGA DE LA PRUEBA

Cuando el actor invoca su calidad de subrogatorio de la víctima, es de su cargo demostrar que existe identidad entre la persona que sufrió el perjuicio reclamado, la persona asegurada por la compañía demandante y la persona que recibió la indemnización que dice haber pagado; únicamente cuando esos extremos se encuentran debidamente probados, la aseguradora estará legitimada en la causa –en tanto subrogataria del perjudicado– para reclamar el monto que debió desembolsar por indemnización. La ley se ocupó, hasta el detalle, de la formación del nombre de las sociedades comerciales, de sus efectos y de su protección todo con el propósito de otorgarles la individualidad necesaria porque "una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". La actora no demostró su carácter de subrogataria de la importadora porque se hace imposible deducir en el *sub-lite* que existe identidad de persona entre el importador, el asegurador-damnificado y el beneficiario del pago hecho por la actora.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente No. 4311. Actor: Seguros Tequendama.

Cumplido el trámite legal sin que se observe causal que conduzca a invalidar lo actuado, procede la Sala a decidir cuanto en derecho correspon-

da dentro del proceso iniciado por demanda de SEGUROS TEQUENDAMA S. A., en contra de LA NACION –MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO– DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, el 2 de diciembre de 1983.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. Mediante apoderado judicial regularmente constituido e invocando su condición de subrogataria de la firma INVERSIONES BETANCOUR y CIA. LTDA., (IMBECOL), la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S. A., demandó, en acción de reparación directa, la satisfacción de las siguientes pretensiones:

"1). Se declare que la NACION, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, es responsable de los daños y perjuicios sufridos por la sociedad INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA. (IMBECOL), domiciliada en Bogotá, por razón de la pérdida de mercaderías de su propiedad importadas legalmente al País desde los Estados Unidos de Norteamérica, con destino a Bogotá, Manifiesto de Importación No. Serie A 1451019, las cuales se extraviaron o perdieron en las Bodegas de la Aduana Interior de Bogotá en el Aeropuerto Internacional El Dorado, y que por tanto no fueron debida y oportunamente entregadas al citado importador, o sea, su propietario.

"2). Que la sociedad mercantil SEGUROS TEQUENDAMA S. A., por haber pagado a la sociedad INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LIMITADA, la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($5'819.858.oo) como indemnización por la pérdida sufrida, de acuerdo con lo expuesto en la declaración anterior, en virtud de contrato de seguro que amparaba esa pérdida, es subrogataria, hasta por el monto de dicha cantidad, de los derechos y acciones que tiene la expresada sociedad asegurada contra los responsables del siniestro o pérdida anotada.

"3). Que en consecuencia, se declare que la NACION, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, debe pagar a la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S. A., la dicha suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($5'819.858.oo), o en subsidio, el valor de los perjuicios sufridos por la sociedad asegurada, que resulten probados dentro del proceso, en armonía con las peticiones anteriores, dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A.

"4). Que se declare que la NACION, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, debe pagar a la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S. A., los intereses comerciales sobre la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($5'819.858.oo), o la que resulte probada en los términos de la petición anterior, a partir del 11 de Mayo de 1982, o de la fecha que el H. Consejo señale, hasta el día en que el pago se realice". (Fl. 26 C. 1).

Los hechos que invocó la actora para apoyar su *Petitum* fueron resumidos por la Colaboración Fiscal de la Corporación, de esta manera:

"1.– Entre INVERSIONES BETANCOURT & CIA. LTDA. y SEGUROS TEQUENDAMA S. A., existió una relación contractual derivada de la Póliza Automática de Transporte No. 12361 cuya vigencia indefinida se inició el 10 de agosto de 1978.

"Con sujeción a esta póliza las dos sociedades convinieron en asegurar el transporte de 121 cartones contentivos de repuestos para automotores procedentes de Miami por vía aérea. Para tal efecto el día 8 de julio de 1981 fue emitido el Certificado de Seguros de Transporte No. 119929 según aviso de fecha 3 de julio del mismo año. A dicho certificado se le adicionaron los anexos correspondientes en virtud de los cuales se le concedía por cada unos treinta días adicionales de permanencia a la mercancía amparada en el certificado hasta el 27 de enero de 1982.

"2.– La Sociedad BETANCOURT & CIA. LTDA., tramitó con una Agencia de Aduanas la importación de algunos repuestos para automotores, habiéndolos adquirido a la empresa norteamericana JESSAM INDUSTRIAL EXPORT CO., INC. con domicilio en Nueva York.

"3.– La mercancía aludida fue enviada por vía aérea y llegó al aeropuerto El Dorado de Bogotá el 30 de mayo de 1981, radicada con la guía No. 29142 y depositada en la Bodega 'Italia' de la Aduana Interior de Bogotá para proceder a su nacionalización. Sin embargo esta mercancía empacada en 121 cartones desapareció de la mencionada bodega, ignorándose en la actualidad la fecha de la desaparición y sus autores, toda vez que ni administrativa, ni penalmente se logró claridad alguna al respecto.

"4.– Ante la pérdida de la mercancía importada y la no entrega de la misma, la compañía importadora INVERSIONES BETANCOURT LTDA., reclamó a la sociedad aseguradora Seguros Tequendama S. A., el pago indemnizatorio correspondiente el que fue satisfecho, originán-

dose la subrogación que legitima a la actora para reclamar judicialmente la indemnización del ente oficial". (Fl. 333 a 334 C. 1).

2.— Trámite de la instancia. La demanda fue admitida (Fls. 36) y el auto de admisión notificado al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público (Fl. 37) quien en representación de la Nación constituyó apoderada especial (Fl. 39) y, por ese medio solicitó tenerla como parte impugnadora (Fls. 41 y 42); surtida la etapa probatoria se dió traslado a las partes (Fl. 304) durante el cual alegó de conclusión el apoderado judicial de la demandante; en su escrito visible a folios 307 a 320, después de reiterar las peticiones y los hechos de la demanda, concluye que están suficientemente acreditadas las siguientes circunstancias: a) la existencia de la mercancía; b) el ingreso de la mercancía a la bodega 'Italia'; c) la pérdida de la mercancía; d) el contrato de seguro celebrado entre Inversiones Betancourt y Cía. Ltda., y Seguros Tequendama S. A.; e) el pago de la indemnización hecho por la segunda a la primera; de estos hechos deduce la legitimación que asiste a su cliente para la formulación de la demanda y la falla en el servicio imputable a la Administración de Aduanas de Bogotá.

3. La Doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto de fondo, estima que se deben negar las pretensiones de la demanda; su argumentación, en lo pertinente, está construida con esta lógica:

"En el poder se hace referencia '... a la asegurada sociedad INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA. (IMBECOL) ...' (Fl. 1).

"En el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, visibles dos ejemplares a los folios 4 y 59 — se certifica sobre la denominación de la sociedad: 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LIMITADA—IMBECOL'.

"En el manifiesto de importación 1451019 (Fl. 15) el importador figura como 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA.' con el NIT. 60.056.714.

"En el certificado de seguro de transportes No. 119929 (Fl. 19) se refiere a 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA.' Y/O con NIT. 60.044.065.

"La misma denominación y NIT. se relacionan en los Anexos Nos. 044248 y 044224, pero en el Anexo 38400 de folio 22 el NIT. es diferente y tiene el 60.056.714 correspondiendo este mismo NIT. al anexo 044557 el folio 23 y a los anexos 044588 y 044735. Es decir, que según lo anotado, a una misma sociedad le corresponden Números de Identificación Tributaria diferentes, lo cual lleva a creer, muy razonablemente, que frente a distinto NIT tienen que existir también distintas personas jurídicas.

"En la demanda se alude en la primera petición a los perjuicios sufridos por la sociedad 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA. (IMBECOL)'.

"En comunicación suscrita por la señora MARY SOCORRRO CONTRERAS DE BETANCOURT informa que 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA. NIT. 60.056.714 recibió de la compañía aseguradora y demandante el pago indemnizatorio correspondiente.

"En la copia de la Póliza Automática de Transporte No. 12361 (Fl. 100) consta que las obligaciones que mutuamente asumen lo hacen de una parte la Compañía y de otra 'BETANCOURT & CIA. – SERVI 30 – INVERSIONES BETANCOURT NIT. 70.044.065 SOCORRO CONTRERAS DE BETANCOURT'.

"Se observa en las anteriores anotaciones que no existe uniformidad respecto del nombre o razón social y del número de identificación tributaria. Esas contradictorias denominaciones y numeraciones sobre aspectos tan importantes en el ámbito de derecho no pueden pasarse por alto pues son cuestiones que tocan directamente con la identidad de una de las personas jurídicas de quien la actora deriva su derecho a reclamar.

"No entiende la Fiscalía, a la luz de las normas comerciales y procesales, que exista identidad entre la persona jurídica 'INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA. – IBECOL –sic–' como figura en la Cámara de Comercio y la Sociedad 'BETANCOURT & CIA– SERVI 30– INVERSIONES BETANCOURT – SOCORRO CONTRERAS DE BETANCOURT' como figura en la Póliza Automática de Transportes No. 12361, pues la disimilitud es ostensible y para todos los efectos legales el nombre o razón social con el cual debe actuar la compañía en todas sus actividades es el expresado y registrado en la escritura pública respectiva. De otra manera no existiría seguridad alguna para las actividades mercantiles con personas jurídicas como la sociedad mencionada pues se produciría un desorden y un caos en todas las actividades relacionadas con las compañías que indiferentemente en uno u otro acto legal o comercial utilizarán denominación o razón social distinta a la que por mandato de ley les corresponde.

"El asunto cobra mayor relieve en el caso bajo estudio, si se toma en consideración el hecho de que, además de no coincidir el nombre de la compañía que supuestamente suscribió el contrato de seguro con la demandante, el número de identificación tributaria es también diferente. En efecto, en el manifiesto de importación el NIT. relacionado a la empresa importadora es 60.056.714 mientras que en la copia de la Póliza Automática de Transporte aparece un NIT. totalmente distinto: 70.044.065, lo cual, lógicamente nos está indicando que hay dos personas jurídicas diferentes con un nombre igual o parecido, pero que, de todas formas, constituye una dualidad bastante confusa y esa falta de claridad afecta el proceso.

"A cuál conclusión se puede llegar entonces, cuando se pretende derivar obligaciones a cargo del Estado, provenientes de un presunto contrato suscrito por una persona jurídica distinta de la que probó su existencia en el proceso? Porque en autos se tiene acreditada en debida forma la representación y existencia de INVERSIONES BETANCOURT Y CIA. LTDA.– IMBECOL y sólo subrogándose a esta compañía podría la aseguradora procesalmente actuar. En cambio INVERSIONES BETANCOURT con cuál documento o registro mercantil acredita su existencia?. O será más bien BETANCOURT Y CIA. SERVI 30 –INVERSIONES BETANCOURT– SOCORRO CONTRERAS DE BETANCOUR como aparece en el contrato de seguro?. Y si se trata de una confusión en la razón social, por qué una tiene el NIT. 70.044.065 y otra el NIT. 60.056.714 en el manifiesto de importación?.

"Cree la Fiscalía que en esas condiciones no está claramente determinada la legitimación para actuar de Seguros Tequendama, porque el origen de su derecho, el contrato que originó la indemnización, no ofrece claridad suficiente para dar como probado que el pago se hizo a la compañía realmente asegurada.

"Tómese en cuenta también la misma Póliza Automática de Transporte que se allegó en copia en el curso de la diligencia de inspección judicial y que, a criterio de este despacho no es prueba idónea, lo que impide que sirva como fuente mediata o inmediata de obligaciones. Porque si en el contrato de seguro por el sistema de póliza abierta o automática, ésta constituye el contrato y sobre ella se expiden certificados de transporte, obviamente ese documento matriz debe destacarse por la seguridad, precisión, claridad y concreción que debe comprender su elaboración y, por supuesto, su suscripción.

"Pues bien, en este caso esa Póliza Automática de Transporte adolece de seguridad, de precisión, de claridad a más de ser una simple copia sin firmar por una de las partes interesadas. Cómo saber si las obligaciones que mutuamente contraen las partes son entre la Aseguradora y 'BETANCOURT & CIA. – SERVI 30 – INVERSIONES BETANCOURT – SOCORRO CONTRERAS DE BETANCOURT', tomando estas denominaciones como integrantes de una *sola persona jurídica,* en cuyo caso se ignora quién es su representante porque no se demostró, o si esas denominaciones corresponden a personas jurídicas diferentes, cuyos representantes también se desconocen procesalmente?' Se tiene entonces, que los derechos pretendidos por la aseguradora provienen de una persona jurídica o de varias, cuyas existencias o representaciones no se acreditaron conforme a derecho.

"Agréguese a lo anterior la ausencia de firma responsable en la mencionada póliza. Será que un documento que impone mutuas obligaciones tiene fuerza vinculante para la parte o las partes que no han firmado? No es acaso,

precisamente, la firma aceptando las cargas impuestas la que vincula al obligado y permite establecer la aceptación de los compromisos expresados en el respectivo documento?. Piensa la Fiscalía que esa Póliza Automática de Transporte ha debido llegar al expediente bien en original, o en copia de éste autenticada judicial o notarialmente, pero no en la forma simple y por demás sin firma como fue arrimada. Los defectos y deficiencias de forma y de fondo a que se hizo mención no permiten aceptarla como prueba.

"Como consecuencia de estas observaciones, concluye la Fiscalía que frente a una Póliza de esa naturaleza no tenía por qué pagar la aseguradora la indemnización que canceló a la firma beneficiada, toda vez que la tal póliza no reunía las condiciones legales para ameritar el pago y, por consiguiente, no puede engendrar tampoco derechos por subrogación en favor de la parte demandante...". (Fls. 334 a 338 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala acoge los planteamientos de la Colaboradora Fiscal que atrás se transcribieron; a ellos, agrega los siguientes:

a) La demandante Seguros Tequendama S. A., se presentó al proceso como subrogataria de la firma INVERSIONES BETANCOUR y CIA. LTDA. (IMBECOL), a la cual –dijo– canceló la suma de $5'819.858– como indemnización por la pérdida de "los repuestos para vehículos automotores y anillos para pistones de motor", en virtud del contrato de seguro de transporte que se había celebrado entre las sociedades indicadas.

Lo anterior significa que la legitimación de la actora se debe situar en el contenido del artículo 1096 del Código de Comercio que expresa:

> "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado".

En otras palabras, se trataría de "la transmisión de los derechos del acreedor (INVERSIONES BETANCOUR Y CIA. LTDA.) le paga" a la Aseguradora (SEGUROS TEQUENDAMA S. A.)– artículo 1666 del C.C.; subrogación que, opera por mandato de los artículos 1667 del C.C. y 1096 del C. Co. Esta figura tiene la virtud de traspasar "... al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda" (Artículo 1670 del C.C.).

b) Para eventos como éste ha previsto el artículo 139 del C.C.A. que, a la demanda, "Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso... cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título...", lo cual, en palabras del profesor CARLOS BETANCUR JARAMILLO. "En los casos de las compañías de seguros que se presentan a juicio en acciones de reparación directa como subrogatarias de los importadores o exportadores a quienes han pagado el riesgo, este requisito adquiere especial importancia para demostrar los supuestos que permiten la operancia de la subrogación por ministerio de la ley contemplada en el artículo 1096 del C. de Co. En este caso en principio, deberá demostrarse: a) la existencia y representación legal de la importadora o exportadora y de la compañía de seguros; b) la póliza del seguro y el certificado de aplicación, si aquélla es automática o flotante; y c) la constancia del pago de la mercancía perdida o deteriorada". ("Derecho Procesal Administrativo" –3a. Edición Pág. 202).

c) Por lo dicho, cuando el actor invoca su calidad de subrogatario de la víctima, es de su cargo demostrar que existe identidad entre la persona que sufrió el perjuicio reclamado; la persona asegurada por la compañía demandante; y la persona que recibió la indemnización que dice haber pagado; únicamente cuando esos extremos se encuentran debidamente probados, la aseguradora estará legitimada en la causa –en tanto subrogataria del perjudicado– para reclamar el monto que debió desembolsar por indemnización.

d) El nombre de una persona permite individualizarla, es decir, distinguirla de las demás de su especie; en cuanto a las personas físicas, el derecho al nombre y las garantías legales que lo protegen, se han establecido en el título II del Decreto 1260 de 1970; el nombre de las sociedades comerciales, dotadas de personalidad jurídica, puede consistir en la razón social o en la denominación social y es tan importante como el de las personas físicas con miras a descubrir su identidad; de allí que el ordinal 2o. del artículo 110 del Código de Comercio exija, entre los elementos que debe contener la escritura pública de constitución de la sociedad, el señalamiento del *"nombre de la misma, formado como se dispone en relacion con cada uno de los tipos de sociedad que regula este código"* "por eso, – explica el profesor GABINO PINZON – y para fines de orden práctico – en nada ajenos al orden legal – en el mundo de los negocios es útil que los terceros dispongan de un *signum societatis* o nombre que les permita identificar fácilmente a ese nuevo sujeto de derechos y de obligaciones que obra en la vida comercial con una autonomía semejante a la de cualquier comerciante individual. Y esa es precisamente la función por excelencia del nombre de la sociedad o denominación social que debe adoptarse en el contrato social, como se dispone en el artículo 110–2º del Código de Comercio. Nombre que, por lo demás, constituye un elemento patrimonial de la sociedad y que, como signo distintivo de un empresario comercial, goza de la protección prevista en el mismo Código para los derechos derivados de la propiedad industrial; por eso y en

conformidad con el artículo 35 de dicho Código, las Cámaras de Comercio deben abstenerse de matricular a un comerciante –individual o colectivo– con el nombre de otro ya inscrito, como en el caso de cualquier sociedad comercial, ya que está también tiene obligación de matricularse en el registro público de comercio (arts. 28, 29 y 31 id.).

"Desde luego que, debiendo ser constituida la sociedad regular bajo cualquiera de las formas de asociación comercial reguladas en el Código de Comercio, el nombre debe estar "formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código" (art. 110-2o.), es decir, según lo previsto en los artículos 303, 324, 357 y 373. Porque, con el fin de que sea más completa la función del nombre como signo distintivo de la sociedad, se trata de que él indique a los terceros no solamente que los actos celebrados bajo ese nombre son actos sociales y no actos meramente personales de los asociados, sino también cuál es la forma o tipo legal de la sociedad, ya que la posición jurídica de los socios varía en cada caso. Con esto la identificación de la sociedad-persona jurídica es algo más que una simple denominación genérica, puesto que es al mismo tiempo una especificación o indicación de su correspondiente tipo o especie dentro del género sociedad, como no ocurre en relación con las personas derivadas del contrato social o sustrato real que sirve de fundamento a la personificación". ("Sociedades Comerciales" Vol. I, pags. 45 y 46).

Posteriormente el mismo código reglamenta lo atinente a la formación del nombre de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate; así, por ejemplo, la sociedad colectiva y las sociedades comanditarias tendrán por nombre una "razón social" (artículos 303 y 324) que, según esas disposiciones, se formará con el nombre completo o los apellidos de la totalidad de los socios (sólamente de los socios colectivos para las segundas), o de alguno o algunos de ellos seguido de las expresiones "y compañía", "hermanos", "e hijos"; estas expresiones finales se cambian para las sociedades en comandita por la oración "y compañía", o la abreviatura & Cía. (art. 324 C. Co.) acciones"; en cambio la sociedad anónima tendrá por nombre una "denominación social" que no requiere de la incorporación de los nombres de los socios y debe estar seguida de las palabras "sociedad anónima" o de las letras "S. A." (artículo 373); las sociedades de responsabilidad limitada pueden adoptar, como su nombre, una razón social o una denominación social formadas como lo prevé el artículo 357 del Código de Comercio.

Como se puede observar, la ley se ocupó, hasta el detalle, de la formación del nombre las sociedades comerciales, de sus efectos y de su protección, todo con el propósito de otorgarles la individualidad necesaria porque "una vez constituída legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados" (artículo 98).

e) Adicionalmente existen otros mecanismos de identificación, tales como el "número de identificación tributaria" (NIT), el cual, según lo expre-

san MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y FRANCISCA SUAREZ DE GOODING, "Es el número que asigna la Dirección General de Impuestos Nacionales para efectos de Identificación Tributaria de las personas jurídicas, extranjeros y menores de edad. En el membrete de la correspondencia, facturas, recibos y demás documentos de toda empresa y de toda persona natural o entidad de cualquier naturaleza, que reciba pagos en razón de su objeto, actividad o profesión, deberá imprimirse o indicarse, junto con el nombre del empresario o profesional, el correspondiente número de identificación tributaria. Las entidades que reciban dinero a título de mutuo o a cualquier otro que genere intereses o rendimientos para el acreedor o para un tercero, deberán exigir al beneficiario, en el momento de celebrar el contrato, su identificación tributaria y dejar constancia de ello". ("Diccionario Temático Tributario" – pág. 186).

El NIT. debe indicarse en numerosos documentos comerciales tal y como lo establecen los artículos 617, 619, 621, 623, 625, 628, 629. 631 y 755, entre otros, del estatuto tributario (Decreto Extraordinario No. 624 de 1989), de manera que números de identificación tributaria diferentes corresponden a distintas personas (...) P. 14.

f) Aplicando estas reglas al caso *sub-lite* se tiene:

1.– En el poder que otorgó la aseguradora visible en el primer folio del cuaderno 1, dijo que obraba "... por causa de haberse subrogado por pago efectuado a la aseguradora Sociedad INVERSIONES BETANCOUR Y CIA. LTDA. (IMBECOL) ...".

2.– Esta razón social corresponde a la que figura en los certificados de existencia y representación legal de dicha sociedad, expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obran a folios 4 y 59 del mismo cuaderno.

3.– El mismo nombre aparece en la demanda (fl. 26) y en la carta del 8 de noviembre de 1984 (fl. 66), si bien en esta última y en algunos apartes de la primera se ha suprimido la expresión "IMBECOL".

4.– Una diferencia mayor existe en la copia de la póliza automática de transportes donde el asegurado se presenta bajo el nombre "BETANCOUR & CIA. – SERVI 30 – INVERSIONES BETANCOUR – SOCORRO CONTRERAS DE BETANCOURT" (fl. 100); el mismo nombre aparece en la "solicitud de póliza para seguros de transportes" visible a fl. 101 y en el formulario que obra a folio 102.

5.– Las diferencias se incrementan si se acude al NIT. señalado en cada uno de los documentos como correspondiente al asegurado; en efecto, en el manifiesto de importación (fl. 15), el importador aparece identificado con el número 60.056.714; el mismo número figura en la carta que obra a folio 68,

dirigido al Consejo de Estado y presuntamente suscrita por la firma importadora; sin embargo, en los recibos de pago de la indemnización, la sociedad "INVERSIONES BETANCOURT & CIA.", se identifica con el NIT. 60.044.065 se consigna para identificar al asegurado en el certificado de seguros de transporte visible a folio 19 y en los anexos al mismo certificado de los folios 20 y 21... etc.

6. Como se puede deducir fácilmente de esta relación, la Sociedad Seguros Tequendama S. A., no logró demostrar su carácter de subrogataria de la importadora porque se hace imposible deducir, dadas las contradicciones anotadas, que existe identidad de persona entre el importador, el asegurado-damnificado y el beneficiario del pago hecho por la actora.

Se impone, pues, denegar las pretensiones propuestas.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiseis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

NOTA RELATORIA: Sobre el tema de la subrogación del asegurador, puede consultarse, además, la última parte (pág. 31 y 32) del fallo de marzo 20 de 1992, Sección Tercera, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Exp. 6097, Actor: Aerotal Ltda.).

LEGITIMACION POR PASIVA/LLAMAMIENTO EN GARANTIA

La falla del servicio en que incurrió la Clínica Bucaramanga, es inseparable de la del ISS de Santander. La ausencia, defecto o mal funcionamiento de la primera, en la atención del personal afiliado, que le es enviado por éste para atención médica, etc., es su propia falla, y por lo mismo, debe responder del pago de los perjuicios causados. De lo contrario, le bastaría a los organismos oficiales contratar los servicios con terceros para exonerarse de sus propios deberes jurídicos. La administración tiene la posibilidad de llamar en garantía a la persona natural o jurídica con la cual contrató los servicios.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/FALLA DEL SERVICIO POR RETARDO/OBLIGACION DE MEDIO

La obligación de medio que estaba a cargo del Instituto de Seguros Sociales de Santander y que éste pretendió cumplir con la atención que se brindó al enfermo en una clínica, no se cumplió, entre otras razones porque se dejó por mucho tiempo al enfermo sin atención médica alguna y se procedió a operar al paciente sin la paciencia sin la asistencia de un neumólogo. La obligación del médico, sin ser de resultado, se cumple proporcionando al paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia. La responsabilidad se da, en el caso en comento, por retardo en la prestación del servicio.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD/TERMINO LEGAL–Cómputo/VACANCIA JUDICIAL

El término de caducidad, por estar fijado ordinariamente en meses o años, deberá computarse según el calendario. En tal sentido, no podrán

descontarse los días de vacancia; pero si el vencimiento del plazo cae en uno de éstos, un día de semana santa o de vacaciones judiciales, por ejemplo, el último día del plazo será el primer día hábil siguiente. No debe olvidarse que el primero y el último día de un plazo de meses o años deberá tener un mismo número en los respectivos meses.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 6255. Actor: Ana Ochoa de Pedraza y Otros. Demandado: Instituto de Seguro Social de Santander.

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 veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó todas las súplicas de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"Por conducto de mandatario judicial reconocido debidamente, acuden ante este Tribunal los ciudadanos ANA OCHOA DE PEDRAZA, HOMERO ANTONIO, ANA CECILIA, JAIME ABAD, ELIZABETH, LUDY ESPERANZA, EMMA JUDITH, MARTHA AZUCENA y NANCY TERESA PEDRAZA OCHOA, todos ellos mayores de edad, a impetrar un fallo que atienda las siguientes solicitudes:

"PRIMERA.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la muerte del señor OSCAR PEDRAZA OCHOA, ocurrida en Bucaramanga el día 20 de Octubre de 1986".

"SEGUNDA.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER debe pagar a la señora madre del occiso, ANA OCHOA DE PEDRAZA, el 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".

"TERCERA.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER debe pagar a la señora madre del occiso, ANA OCHOA DE PEDRAZA, el lucro cesante en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal".

"CUARTA.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER debe pagar a la señora madre del occiso, ANA OCHOA DE PEDRAZA, la indemnización por daño moral objetivado 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.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER debe pagar a cada uno de mis poderdantes, por separado, la compensación por daño moral subjetivo, a razón de mil gramos de oro puro (sic) para cada uno o su equivalente en moneda nacional, de conformidad con el precio que certifique el Banco de la República para el día en que quede ejecutoriado el fallo (Código Penal, Art. 106)".

"SEXTA.– El monto se actualizará, de conformidad con los criterios y pautas que ha trazado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y el Honorable Tribunal Administrativo de Santander".

"SEPTIMA.– EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.".

"Tienen su origen las pretensiones antes transcritas, en la muerte del profesor OSCAR PEDRAZA OCHOA, ocurrida en la Clínica de Bucaramanga de esta ciudad el 10 de octubre de 1986, después de una intervención quirúrgica a que fue sometido por cuenta del Instituto del Seguro Social de Santander. Afirma la demanda que el fallecimiento se produjo por falta de coordinación y de cuidado del personal médico que atendió al paciente quien primero fue tratado en la ciudad de Málaga y remitido para ser operado de una apendicitis. Alega asímismo, que siendo ésta una intervención de urgencia ha debido efectuarse en la ciudad de Málaga para no someter al paciente a un viaje de más de cuatro horas, sin ninguna atención durante el transcurso del mismo. Asevera, que una vez en Bucaramanga hubo cierta demora en ser atendido en la Sección de Urgencias de la Clínica Bucaramanga. Y, que examinado por el especialista Dr. RICARDO MANTILLA P. fue sometido a observación ya que éste desestimó (sic) por ilegible el diagnóstico del médico remitente. Agrega, que se incurrió en otra demora de varias horas para por

último a la mañana del día siguiente ser sometido a la intervención quirúrgica, durante la cual hubo descuido por parte del anestesiólogo ya que habiendo sido exitosa la labor del cirujano, no se desplegó la suficiente diligencia ante la bronco aspiración presentada por el paciente, novedad que requería la asistencia de un neumólogo según lo recomendó el cirujano, sin que su advertencia fuese atendida. Concluye descalificando al anestesista por carecer de título en esa especialidad y por haber permitido que se presentase la broncoaspiración. En general aduce la falta de cuidados con el paciente, aún por parte del cirujano, cuando el enfermo requería cuidados extremos por haber presentado vómito antes de la cirugía. Después de efectuar una pormenorizada crítica a todo el proceso médico quirúrgico a que fué sometido el paciente, concluye, que su fallecimiento redundó en grandes perjuicios materiales y morales para los demandantes.

"Como fundamento jurídico de sus pretensiones, la demanda solamente invoca el artículo 16 de la Constitución Nacional, para deducir que en la actividad desplegada por los médicos adscritos a la entidad demandada –Instituto de Seguro Social de Santander– hubo falla, constituída por falta de integración en los dictámenes y conceptos de los galenos que atendieron el caso.

"Admitida la demanda y su corrección se notificó y corrió traslado al Director del ISS. Esta entidad acudió al proceso debidamente representada para oponerse a las pretensiones de los actores, negando casi en su totalidad la ocurrencia de los hechos planteados en el escrito respectivo como su sustento. Solicitó asimismo la práctica de varias pruebas tendientes a demostrar que no hubo anomalía alguna en la prestación del servicio ya que los médicos que atendieron al paciente PEDRAZA OCHOA si eran idóneos para tal efecto. Propuso además la excepción de falta de legitimación en la causa; porque la demanda ha debido dirigirse contra la Clínica Bucaramanga, establecimiento que prestó los servicios calificados por la demanda como ineficientes.

"Practicadas en lo posible las pruebas solicitadas por las partes, se les concedió término para alegar de conclusión.

"En esta oportunidad el señor apoderado del Instituto del Seguro Social de Santander, pidió se denieguen las solicitudes de la demanda; porque no hubo en realidad falla del servicio. Aduce como fundamento de tal solicitud la decisión absolutoria impartida por el Tribunal de Etica Médica de Santander que adelantó investigación contra los doctores que se ocuparon de atender al docente OSCAR PEDRAZA OCHOA. En criterio del señor representante judicial del ente demandado, se desplegó el cuidado y la diligencia debidos para tratar médicamente al usuario.

"Por su parte, el señor apoderado de los demandantes estima que existe mérito probatorio suficiente para obtener fallo favorable a sus aspiraciones. Partiendo del hecho del fallecimiento causado por neumonía bilateral por broncoaspiración, deduce que tal accidente hacia la una de la tarde, después de la cirugía. Que lo indicado era la atención de un especialista en neumología; pero que tal precaución se desestimó y por faltar la asistencia del neumólogo se produjo el deceso, ya que la labor fue realizada por el nefrólogo. En su cuidadoso alegato de conclusión la intervención quirúrgica de OSCAR PEDRAZA OCHOA, en las que, se evidencia que hubo descuido en el tratamiento.

"El señor Fiscal de la Corporación, una vez analizado el material probatorio recogido en el proceso se pronunció así:

"Es lamentable la muerte del señor OSCAR PEDRAZA OCHOA, sin embargo no se logró demostrar en manera alguna la Falla del Servicio por parte de la Entidad demandada, es más, está demostrado que el paciente fue atendido en debida forma y se trató por todos los medios de auxi'iarse hasta el momento mismo de su fallecimiento".

"Er razón a lo anterior, considera el Despacho que las peticiones de la den anda deben ser negadas".

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA

"A fin de proferir decisión de mérito sobre las pretensiones de la demanda, el Tribunal acomete el estudio de las probanzas recaudadas así:

"1o. El certificado de defunción expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga señala que la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA ocurrida en la Clínica Bucaramanga el 10 de Octubre de 1986 fue causada por NEUMONIA BILATERAL AGUDA, según certificación del Dr. RICARDO MANTILLA P. Fl. 6.

"2o. Según constancia expedida por el Gerente del Instituto del Seguro Social de Santander, el señor OSCAR PEDRAZA se afilió a esa entidad el 22 de mayo de 1978 y se desafilió el 10 de octubre de 1987, fecha en que falleció. Informa asimismo, que en el Municipio de San Andrés el paciente fue atendido por el Doctor JOSUE HIGUERA PAEZ, médico de planta de dicha entidad en esa región. Que quirúrgicamente fue intervenido por el Doctor RICARDO MANTILLA P. –como cirujano del I.S.S. Que los restantes profesionales– anestesiólogo, ayudante de cirugía, instrumentadora, etc., que colaboraron, estaban vinculados a la Clínica Bucaramanga, Fl. 120.

"3o. El resumen de la historia Clínica de OSCAR PEDRAZA OCHOA aparece en los folios 203 y siguientes. De ella puede extractarse, que habiendo presentado síntomas de apendicitis, por cólico intenso que no cedió ante analgésicos convencionales ni con la morfina, fue remitido por el médico del Municipio de San Andrés el 9 de octubre de 1986. Que examinado a las 5:30 de la tarde, se decidió dejarlo en observación esa noche, por no estar claros los síntomas que presentaba. Según la enfermería, pasó tranquilamente; esa noche, no hubo vómitos ni evacuación intestinal.

"El 10 de octubre en las primeras horas al ser examinado presentó abdómen tenso y doloroso. Se dispuso operarlo a las 9 a.m. Se inició la cirugía, presentándose vómito en el momento de la inducción anestésica. La intervención se practicó en una hora y quince minutos, transcurriendo normalmente. Se halló necrosis en el ileón terminal, por volvulus inducido por brida congénita. Se efectúo resección intestinal y apendicectomía profiláctica. A la una de la tarde según noticia del anestesiólogo, el paciente presentó dificultad respiratoria e hipotensión. Se insinuó la colaboración de un internista preferiblemente neumólogo, ante la sospecha de broncoaspiración. Intervino entonces un internista –Dr. Sus, quien compartió el diagnóstico y solicitó lavado bronquial. A las 5:30 el Dr. LARA intentó realizarlo; pero el paciente falleció al iniciarse el procedimiento.

"La historia clínica a juicio de la Sala revela lo siguiente:

"a). El paciente en principio presentó síntomas no muy esclarecedores de la enfermedad que padecía. Por ello seguramente fué remitido por el médico de San Andrés ya que no sabía con certeza la causa de los dolores que no lograron calmarse ni siquiera con morfina.

"Esta conclusión está plenamente respaldada por las constancias que anotó el Dr. HIGUERA en San Andrés, y que aparecen en los folios 218 a 221, las cuales presentan bastante dificultad para su lectura. Pero con apoyo en las incidencias registradas por la enfermera, bien puede inferirse que, hubo dolor persistente y vómito. Y su estado general fué regular aún después del lavado gástrico y de la supresión de alimentos por vía oral.

"En principio el Tribunal estima que no hubo deficiencia alguna en el tratamiento adelantado por el médico de San Andrés. Tampoco se evidencia en tal actividad falla estructural del servicio. Dentro de tal actividad falla estructural del servicio. Dentro de los límites que presenta el país, el paciente fue remitido al centro más cercano que ofrecía mayores garantías para el tratamiento, como es la ciudad capital.

"Cabría responder un interrogante sobre la posibilidad de haber sido operado en la provincia de García Rovira –Zona donde está ubicado el Municipio de San Andrés–, en sentido negativo. Pues sin existir certeza sobre la enfermedad no era indicado proceder a una intervención quirúrgica, cuando los medios científicos de los hospitales en esas regiones no presentan el mismo adelanto que los de las capitales. Y, no puede predicarse falta de preparación científica del Dr. HIGUERA, por no acertar desde un comienzo en diagnóstico; porque entratándose de anomalías del aparato digestivo, hasta la fecha, no existe un método absolutamente seguro que elimine las posibilidades de error. Así lo declaran tanto el médico legista Dr. Cortés –Fl. 261– como el mismo cirujano Dr. Mantilla –Fl. 205–.

"Pudo existir ciertamente un tratamiento inadecuado en cuanto respecta al medio de transporte que se utilizó, como que fue cubierto por la entidad de previsión social demandada. Podría también echarse de menos la presencia de una enfermera para atender cualquier emergencia durante el traslado a esta ciudad. Pero como se verá más adelante, estas posibles anomalías no contribuyeron en nada al deceso, pues el paciente llegó a la clínica en estado normal y pudo soportar la cirugía al día siguiente.

"Hasta ahora entonces, no es posible admitir que es cierta la afirmación contenida en el 2o. punto de los hechos de la demanda. Pues no encuentra la Sala que haya existido la absoluta falta de coordinación y de integración en el servicio prestado al profesor PEDRAZA OCHOA. Aún admitiendo que la falta de claridad en la caligrafía del médico Dr. HIGUERA constituye una irregularidad, lo cierto es que, las cuatro posibilidades planteadas –Fl. x 218 V.– habían conducido de todas maneras a una intervención quirúrgica, operación que se cumplió.

"4o. En cuanto a la atención que recibió el paciente PEDRAZA OCHOA por cuenta del I.S.S. en esta ciudad, la Sala encuentra que sí hubo demora en ser recibido en la Clínica Bucaramanga y en ser examinado por el especialista.

"En efecto sobre los hechos que consigna la demanda bajo numerales 8o. a 10o. y 9o., aparecen las siguientes pruebas:

"a). La Historia Clínica registra el ingreso de PEDRAZA OCHOA, el 9 de octubre de 1986 a las dos de la tarde. Fl. 203.

"b). Según las declaraciones extraproceso rendidas por HOMERO ANTONIO PEDRAZA OCHOA Fl. 33 y 33v, y por JOSE DEL CARMEN OTERO CASTRO Fl. 47, hubo cierta demora en ser recibido el paciente en la Clínica Bucaramanga, pues cuando llegó la ambulancia

la puerta estaba cerrada. No es posible precisar la demora, pero debió ser considerable si se repara que el enfermo estaba bastante delicado, hasta el punto que fue necesario transportarlo en ambulancia.

"Estas declaraciones para la Sala ofrecen plena credibilidad, pues revelan en los deponentes el ánimo de narrar los hechos tal como creen que tuvieron ocurrencia, no obstante provenir de uno de los demandantes. Pero sometidas a la sana crítica, son valederas para demostrar que hubo un cierto retardo –no precisado– en ser atendido el enfermo en la Clínica Bucaramanga.

"c). La misma historia clínica –Fl. 203– indica que el paciente solo fue examinado por el doctor MANTILLA hasta las cinco y treinta de la tarde.

"Esta circunstancia está corroborada por el cirujano Dr. RICARDO MANTILLA, quien declara que habiendo sido llamado en las horas de la tarde del 9 de octubre, hacia las cinco revisó al paciente. Fls. 60 y 303.

"En las condiciones descritas, queda claro para el Tribunal que sí hubo demora en ser atendido el paciente PEDRAZA OCHOA, pues habiendo sido trasladado (sic) de urgencia desde una población distante a más de cuatro horas, ha debido ser atendido de manera inmediata, como lo recomiendan elementales normas de seguridad y previsión.

"La demora reseñada en principio podría constituír una culpa anónima o estructural del ente demandado. Porque procesalmente se ignora la identidad del profesional que recibió en urgencias al paciente. Y tampoco está determinado en forma precisa el tiempo transcurrido entre la llegada del paciente y la llamada al médico cirujano, y entre ésta y el arribo del especialista a la Clínica Bucaramanga ni a quién o quiénes puedan atribuirse estas deficiencias.

"Restaría, aclarar si el retraso registrado guarda relación de conexidad de causa a efecto con la muerte del profesor PEDRAZA OCHOA, aspecto que se analizará más adelante.

"5o. Según se anotó, el acta de defunción y la historia clínica dan constancia de que la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA se debió a NEUMONIA BILATERIAL –por broncoaspiración–.

"Ahora bien: la neumonía está definida como inflamación del pulmón. Según el Tratado de Medicina Interna de Harrison 3a. Edición, "La neumonía por aspiración es la inflamación parenquimatosa aguda asociada a aspiración de material infectado de la parte alta de las vías

respiratorias; es el proceso que acompañan la aspiración de agua, alimento o vómito".

"Teniendo entonces conocida la causa de la muerte, que obedeció a la aspiración bronquial de líquidos gástricos, cree la Sala que la demora o falta anotada, no constituye en realidad causa de la muerte.

"Si se examina la historia clínica, así como las anotaciones consignadas en el hospital de San Andrés, bien puede saberse, que al paciente a más de succión y lavado gástrico se le había suspendido la alimentación por vía oral con más de veinticuatro horas de antelación al tratamiento quirúrgico, como medidas preventivas. De estas circunstancias puede también inferirse válidamente, que hubo broncoaspiración de líquido gástrico y no de sustancias alimenticias sólidas. fls. 204 y 219v.

"Y, que este fenómeno bien habría podido presentarse aún si la interbención quirúrgica se hibiese practicado el mismo día 9 de octubre, pues como lo señala el Doctor CARLOS CORTES C. Médico Legista, es una verdadera complicación que puede presentarse en cualquier estado producido por la anestesia, máxime cuando previamente ha habido suministro de analgésicos y calmantes.

"Es más; el mismo funcionario, seña cómo en ocasiones la broncoaspiración acaece sin que haya existido vómito, debida solamente a la relajación refleja que causa la inducción y que se requiere para poder intubar al enfermo. Fl. 260 v.

"6o. Siguiendo el mismo orden, precisa ahora examinar si era posible en el caso de estudio, evitar la broncoaspiración. Es decir, si esta complicación era previsible, y si siéndolo se adoptaron las medidas necesarias para evitar su ocurrencia.

"Al respecto el mismo Legista, Doctor CORTES CABALLERO en su exposición que bien puede tenerse como un informe Técnico a la luz del C.P.C. Artículo 243, señala, que cuando el paciente ha presentado vómito a repetición "se recomienda pasar una sonda gástrica para evitar estos accidentes", y afirma que es muy difícil afirmar si era previsible o nó, máxime cuando se trata de pacientes que deben ser intervenidos de urgencia, para concluir: "No hay método o manera de predecir la aparición de complicaciones como las que nos ocupa". Sic. Fl. 261.

"Para la Sala, merece gran respeto el concepto del señor Legista el cual es compartido por el mismo cirujano Dr. MANTILLA PAIPILLA, cuando afirma "La broncoaspiración es un accidente factible en todo proceso en que se presente vómito cuando el paciente no tiene alerta sus me-

canismos de defensa, me explico, cuando concientemente (sic) no puede vomitar y expulsar el contenido gástrico sino que éste por reflujo se va hacia las vías aéreas". Fl. 304.

"Queda de acuerdo a los elementos descritos, claridad sobre la naturaleza de la broncoaspiración como un accidente que puede presentarse mientras el paciente está inconciente o en precarias condiciones producidas por ejemplo a causa de medicamentos que merman sus reflejos, como en los analgésicos o relajantes que se utilizan momentos previos a la anestesia. Admite también la Sala, que para el caso de estudio, aún ante la posibilidad de la broncoaspiración como algo inminente, era necesaria la intervención quirúrgica como mecanismo insustituíble en el tratamiento requerido por el paciente para salvarle la vida.

"Dados antecedentes no era la cirugía, cuando en la práctica llevaba más de treinta y seis horas con una sintomatología que no presentaba opción diferente a la cirugía exploratoria.

"7o. Por último, encuentra el Tribunal necesario aclarar conforme al material probatorio, si una vez ocurrido el accidente de la broncoaspiración hubo la suficiente diligencia por parte del personal médico que atendía al profesor PEDRAZA OCHOA.

"En los folios 274 a 276 están algunos conceptos de los funcionarios de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional.

"Sobre el particular, señala el personal científico, que la broncoaspiración puede evitarse suspendiendo oportunamente la ingestión de alimentos. Como se vio –según la historia clínica– al paciente se le había suspendido la alimentación por vía oral desde el Hospital de San Andrés. Allí se le practicó succión y lavado gástrico, luego es de presumir que no traía material alimenticios en el estómago. Más como en el momento de la inducción presentó vómito, hubo de ser atendido ante esta emergencia, mediante cambio de posición, y aspiración del vómito. Esto lo afirma el Dr. HUGO CASTELLANOS quien como anestesista asistió al paciente en el quirófano. Su dicho no ha sido desmentido; por el contrario, el Dr. LUIS ERNESTO BALLESTEROS, ayudante de cirugía durante la misma operación, afirma que ante el vómito que presentó el paciente, se hicieron aspirados rápidos en la cabidad bucal a fin de evitar la broncoaspiración. Estas versiones están consignadas como transcripciones en la providencia del Tribunal de Etica Médica que absolvió a los médicos RICARDO MANTILLA P. y HUGO CASTELLANOS. Fls. 208 a 215.

"Además habiendo obtenido el Dr. CASTELLANOS el título de especialista en anestesiólogía es de suponer que tenía los conocimientos su-

ficientes para actuar en estos procesos que sobrevienen durante o a causa de la anestesia. En efecto, según constancias de los folios 326 a 329, el Dr. CASTELLANOS por haber reunido las condiciones exigidas, optó el título de Especialista en Anestesiología.

"En cuanto al reparo que le hace el demandante al personal que con posterioridad a la broncoaspiración atendió al paciente, la Sala encuentra que ni aún habiendo existido un neumólogo para atender al paciente, se habría garantizado su supervivencia.

"Todo permite pensar que el accidente sobrevino cuando se produjo la inducción para la anestesia. Que por ser jugo gástrico el material vomitado, los daños en las vías respiratorias fueron lentos en sus efectos; así lo enseñan los técnicos de la U. Nacional. Fls. 276. En estas condiciones, cuando se presentó la dificultad respiratoria, seguramente el deterioro de las vías respiratorias era irreversible. Se intentó según consta en la historia Clínica, un lavado bronquial; pero el paciente falleció.

"Ahora bien: no hubo un neumólogo para tratar al paciente en la fase final; pero no está demostrado que el doctor Sus careciera del título de internista, el cual también le permitiría efectuar un diagnóstico.

"En el aspecto probatorio, echa de menos el Tribunal elementos que permitan conocer por qué transcurrió el tiempo desde la una de la tarde hasta las cinco y media, sin que se efectuara el lavado bronquial, cuando a juicio del cirujano Dr. MANTILLA se presumía broncoaspiración. Queda un interrogante que habría podido despejar tanto el Médico Auxiliar de Cirugía como el personal que estuvo en el quirófano si en realidad las maniobras y procedimientos utilizados por el Dr. CASTELLANOS Q.E.P.D. fueron los que corresponden a esta clase de complicaciones.

"Por último, aún admitiendo que un neumólogo habría sido de gran ayuda para el tratamiento, su presencia no necesariamente habría garantizado un final exitoso. Dicho de otra manera, no hay prueba que la ausencia del neumólogo tiene relación de causalidad con la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA.

"A juicio de la Sala, toda intervención quirúrgica comporta un riesgo que necesariamente debe asumirse. No aparece prueba de la falla del servicio por parte del ente demandado. Consecuencialmente habrá de ser absuelto de los cargos que la demanda formula en su contra.

"En cuanto a la excepción de falta de legitimidad en la causa, que propone el señor apoderado de la parte demandada, la sala encuentra

carente de todo asidero fáctico y jurídico tal medio defensivo; porque aún siendo una verdad innegable que los servicios hospitalarios, anestesiólogos y paramédicos fueron suministrados por la Clínica Bucaramanga, persona jurídica de derecho privado, lo cierto es que el paciente OSCAR PEDRAZA OCHOA se hallaba afiliado al Instituto del Seguro Social de Santander y era esta entidad la que debía prestarle los auxilios en caso de enfermedad, quedando responsable, aún en casos en que por contrato obtiene el concurso de particulares para cumplir los cometidos que la Ley le asigna, La ilegitimidad de personería por pasiva, no tiene pues ningún fundamento". (Fls. 395-411 Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 415 y siguientes del cuaderno No. 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 oo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"Mi discrepancia con el *a-quo* se apoya, ante todo, en algunas premisas generales, que estimo conveniente dejar enumeradas desde ya. Ellas son:

"PREMISA No. 1: La existencia misma del Estado, del Derecho y de la Medicina se explica y justifica, ante todo y por sobre todo, por la necesidad de defender la vida humana.

"PREMISA No. 2: La obligación que contraen los médicos frente a sus pacientes es de medio, no de resultado. Los médicos no tienen por qué garantizar frente a sus pacientes un resultado exitoso. Pero, en cambio, sí están obligados a garantizarles que pondrán a su servicio todos los recursos humanos, técnicos y científicos, que el desarrollo y progreso alcanzados por la Medicina ofrezcan y estén a su alcance, según el medio en el que se actúe.

"PREMISA No. 3: La obligación constitucional del Estado de proteger la vida humana tampoco es de resultado, sino de medio. Frente a la persona cuya vida peligra, el Estado no puede garantizar la no-muerte. Lo que sí está obligado a garantizarle es que pondrá en su favor todos los medios y recursos razonablemente posibles para tratar de evitar que se consume la agresión contra su vida.

"PREMISA No. 4: Si los médicos dejan de utilizar en favor de la vida de sus pacientes recursos humanos, técnicos o científicos que podían

haber utilizado, porque el medio se los brindaba, y que hubieran podido salvarles la vida, no podrán alegar como disculpa el hecho de que, de todas maneras, aún con el empleo de tales recursos, el paciente hubiera podido morir. Tampoco podría el Estado, que no le brindó al ciudadano en peligro de perder la vida, los recursos a que estaba constitucionalmente obligado esgrimir la disculpa de que, de todas formas, con protección o sin ella, la agresión contra la vida bien hubiera podido consumarse.

"PREMISA No. 5: Si no existe en el medio en el que se actúa el recurso humano especializado, se acudirá a uno menos especializado o, en últimas, a uno general. Pero siempre que exista en el medio en el que se actúa el recurso humano especializado, es éste el que debe ser utilizado, porque el paciente, y máxime el que está en riesgo inminente de perder la vida, tiene derecho a beneficiarse de las ventajas que ofrece la división y sub-división del trabajo médico. Frente a la salvación de una vida humana no hay economía de recursos que valga.

"PREMISA No. 6: Frente al inminente riesgo de muerte, los médicos, deben actuar con prontitud al suministrarle al paciente el recurso humano especializado, técnico o científico que resulte aconsejable, aún en el caso de que no haya absoluta seguridad de que, con tal recurso, el paciente podrá salvarse.

"PREMISA No. 7: La broncoaspiración no es necesariamente mortal.

"Pacientes que han broncoaspirado, han sobrevivido.

"PREMISA No. 8: No existe método alguno que permita pronosticar, con absoluta seguridad, que un paciente va a presentar broncoaspiración en el marco de una intervención quirúrgica. Pero sí existen factores que aumentan el riesgo, y uno de ellos es el vómito masivo y repetitivo del paciente.

"PREMISA No. 9: Si existe el riesgo de broncoaspiración o de cualquier otro accidente anestésico, deben extremarse las medidas de prevención para conjurar el riesgo o sus efectos dañinos, en caso de presentarse.

"El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados" (Ley de Etica Médica, art. 15).

"Dentro de esas medidas preventivas, en el caso del riesgo de broncoaspiración, está la presencia del neumólogo y el contar con los elementos necesarios para practicar una broncoscopia de urgencia.

"Si esas medidas no se toman y sobreviene el accidente anestésico, no puede salirse luego con la disculpa de que no pudo conseguirse rápidamente el neumólogo o que no fué posible practicar la broncoscopia a tiempo, por falta del recurso humano, técnico o científico necesario.

"A continuación, entramos al estudio de este caso específico.

"I.– CAUSA DE LA MUERTE DE OSCAR PEDRAZA OCHOA: Falleció el 10 de octubre de 1986 a consecuencia de "neumonía bilateral aguda por broncoaspiración" (certificado de defunción, Fls. 5-6).

"Lo anterior, corroborado por el médico cirujano, Dr. RICARDO MANTILLA: "Sírvase decir al Despacho si fue la broncoaspiración la causa fundamental de la neumonía bilateral aguda que derivó en el fallecimiento del paciente? CONTESTO: Sí" (Fls. 304 - 305).

"II.– A QUE HORA SE MANIFESTO LA BRONCOASPIRACION: La broncoaspiración se manifestó hacia el mediodía, Al respecto, declara lo siguiente el mismo médico cirujano, Dr. RICARDO MANTILLA:

"Mi sorpresa fue grande cuando a las doce y media o una de la tarde, el anestesiólogo me informó telefónicamente que el paciente tenía dificultad respiratoria, que al quitarle el oxígeno entraba en cianosis y que por tal razón no lo había podido retirar de la sala de recuperación y enviarlo al cuarto correspondiente" (Fl. 60).

"El testigo JOSE DEL CARMEN OTERO CASTRO relata:

"... y a la una llegó el doctor Mantilla" (Fl. 47 vto.).

"HOMERO ANTONIO PEDRAZA OCHOA cuenta:

"... y ya como a la una de la tarde... ya lo vimos entrar al doctor Ricardo Mantilla" (Fl. 33 vto.).

"En la Historia Clínica de la Clínica Bucaramanga dice:

"A la una de la tarde fuí advertido por el anestesiólogo Dr. Castellanos de que el paciente presentaba dificultad respiratoria..." (Fl. 204).

"El Tribunal de Etica Médica expresa:

"A la una de la tarde el Doctor MANTILLA fué advertido por el Anestesiólogo, Dr. CASTELLANOS, de que el paciente presentaba dificultad respiratoria..." (Fl.210).

"Luego la broncoaspiración se manifestó antes de la una de la tarde.

"En el fallo del Tribunal de Etica Médica, traído al proceso como prueba por el Instituto demandado, se lee que, terminada la operación, el anestesiólogo, Dr. HUGO CASTELLANOS, pasó al enfermo a recuperación y como a la hora notó que tenía dificultad respiratoria y entonces lo hizo pasar a cuidados intensivos, "más o menos como a las doce del día fuí a verlo a cuidados intensivos y lo estaba chequeando el Doctor SUS" (Fl. 209).

"Quiere decir lo anterior que hacia el mediodía (12 m.) ya se había manifestado la broncoaspiración.

"Pero tratemos de acercarnos más a la hora en que se manifestó este accidente anestésico. Según la historia clínica, "se solicitó turno para operar a las 9 A.M. A esta hora se inició la cirugía... El procedimiento duró una hora y quince minutos" (Fls. 203 - 204; sentencia, Fl. 341).

"Como ya anotamos, según se lee en el fallo del Tribunal de Etica Médica, terminada la operación, el anestesiólogo pasó el enfermo a recuperación" y como a la hora noté que tenía dificultad respiratoria" (Fl. 209).

"Si el procedimiento quirúrgico en la sala de cirugía se inició a las 9 A.M. y duró una hora y quince minutos, quiere decir que terminó hacia las 10:15 A.M. A esa hora, el anestesiólogo pasa al paciente a recuperación y aproximadamente una hora más tarde es cuando empieza a manifestar dificultad respiratoria, o sea, hacia las 11:15 A.M.

"Lo anterior coincide, más o menos, con el testimonio de JOSE DEL CARMEN OTERO, quien relata que: "... como a las diez salió el doctor Mantilla y él habló con Homero y le dijo que la operación había salido bien y que estaba en reposo, el doctor salió para la casa y nosotros nos quedamos esperando la recuperación de Oscar" (Fl. 47 vto.).

"La broncoaspiración, pues, se manifestó antes del mediodía, un poco pasadas las once de la mañana.

"Lo anterior tiene especial importancia porque permite apreciar de bulto la violación que hubo, en este grave caso, del *PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, uno de los principios rectores de la Seguridad Social.*

"III.– A QUE HORA SE INTENTO HACER LA BRONCOSCOPIA?
"Fué visto entonces por el Dr. Antonio (sic) Sur quien estuvo de acuerdo en el diagnóstico y a su vez solicitó que se le realizara lavado bronquial a traves (sic) del broncoscopio. El Dr. José Luis Lara intentó reali-

zarlo, *a las 5:30 P.M.* Pero el paciente fallece al iniciar el procedimiento". (Fl. 204, historia clínica).

"Para este procurador, que toda su vida profesional ha sido respetuoso de los jueces de la república y de la jurisprudencia, resulta insólito, sin embargo, en este caso, que el *a-quo*, frente a esta manifiesta falla del servicio, anote las siguientes palabras: "En el aspecto probatorio, echa de menos el Tribunal elementos que permitan conocer por qué transcurrió el tiempo desde la una de la tarde hasta las cinco y media, sin que se efectuara el lavado bronquial, cuando a juicio del cirujano Dr. MANTILLA se presumía broncoaspiración" (Fl. 350).

"Más bien cabría preguntar –y no propiamente a los demandantes– por qué razón, si el Dr. SUS era realmente neumólogo, como dice el Tribunal de Etica Médica (Fl. 210), no le practicó el lavado bronquial a través del broncoscopio a este paciente, desde el mediodía, sino que se lo encomendó a un tercero? Por qué no lo hizo el Dr. SUS si el neumólogo es, por su misma especialidad, broncoscopista? Y esto que no lo diga yo; que lo diga el médico legista, Dr. CARLOS CORTES CABALLERO, cuya exposición, para el *a-quo*, "bien puede tenerse como un informe técnico a la luz del C.P.C. Artículo 243" (Fl. 347) y de quien repite: "Para la Sala, merece gran respeto el concepto del señor Legista" (Fl. 347).

"En un medio avanzado como el nuestro –dice el Dr. CORTES– creo yo que debe llamarse al broncoscopista que puede ser neumólogo o cirujano de tórax (Fl. 261 vto.).

"En el alegato de conclusión, transcribiremos conceptos tomados de respetables obras de Medicina, en los cuales lo primero que se concluye es que la temática de la broncoscopia pertenece a la Neumología (por ejemplo: "Métodos diagnósticos em Pneumología. *Quarta aula. BRONCOSCOPIA (Bronchoscopy), por los Doctores ARTUR A. PARADA, Médico Asistente do Servico de Endoscopia do Hospital das Clínicas do Facultade de Medicina da Universidade de Sao Paulo, y ELIZABETH PRUDENTE C. TASSI, Médica do Servico de Endoscopia da Disciplina de Cirugía Torácica da Escola Paulista de Medicina. En: Jornal de Pneumología, Dezembro de 1986. Localización: Biblioteca de la Universidad Industrial de Santander).*

"IV.– LA BRONCOASPIRACION NO ES NECESARIAMENTE MORTAL. PACIENTES QUE HAN BRONCOASPIRADO, HAN SOBREVIVIDO, PRODUCIDA LA BRONCOASPIRACION, NO TODO ESTA PERDIDO: SIEMPRE HAY. UNA ESPERANZA DE SALVAR LA VIDA DEL PACIENTE: Como anotamos antes, el *a-quo* destaca la responsabilidad que tiene en nuestro medio el señor Doctor CARLOS

CORTES CABALLERO. Este procurador no puede menos que adherir a esa opinión del Tribunal Administrativo de Santander. El Dr. CORTES es, entre nosotros, reputado hombre de ciencia, conocido por su dedicación al estudio y la promoción de eventos científicos en Bucaramanga, todos orientados a difundir las nociones de la Medicina Forense y a engrandecer esta disciplina. Su libro "Juristas y Medicina", publicado en febrero de 1984 y con el cual ingresó a la Academia Nacional de Medicina como Miembro correspondiente, es apenas una de sus muchas ejecutorias, que lo han hecho acreedor al respeto y al afecto del pueblo santandereano.

"De ahí que su concepto sobre el carácter no necesariamente mortal de la broncoaspiración no pueda pasar inadvertido, como si no formara parte del expediente. El legista dice, al respecto, que "... no todas las broncoaspiraciones terminan en muerte" (Fl. 260 vto.), y, posteriormente, reitera, una vez más: "En lo que sí no estoy de acuerdo es en que toda broncoaspiración es fatal. Durante mi corto paso por la anestesiología en el Hospital San Vidente de Paúl de Medellín, también en una intervención de urgencia y en la inducción tuve una paciente que se broncoaspiró y que afortunadamente sobrevivió y muchos casos que podría contar..." (Fl. 261).

"Si la broncoaspiración condujera inexorablemente a la muerte, y nada se pudiera hacer realmente por el paciente que ha broncoaspirado, otro muy distinto hubiese sido el concepto de la Universidad Nacional, Facultad de Medicina, Unidad Especializada de Anestesiología, en este proceso. La entidad científica, en concepto que consultó "la experiencia y conocimientos personales" del señor Coordinador de la Unidad Especializada de Anestesia, Doctor FERNANDO FLOREZ BURGOS, "y del personal Médico-Docente de Anestesiología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional", señala lo siguiente:

"En relación con el papel que el Médico Neumólogo Especialista pueda desempeñar en el manejo de un paciente que ha broncoaspirado, condisero que es de gran utilidad en dos aspectos fundamentales. El primero tiene que ver con los procedimientos endoscópicos pulmonares que realizan para la extracción de cuerpos extraños broncoaspirados y limpieza adecuada de las vías respiratorias... y segundo su ayuda médica es de gran valor en el manejo médicoquirúrgicoanestesiológico cuando la situación de broncoaspiración ha determinado alteración o falla de la función ventiladora del paciente que determina un manejo ventilatorio prolongado *esta situación se dan (sic) con más frecuencia cuando el elemento broncoaspirado es el jugo gástrico".* (Fl. 276). Que, en este caso fue jugo gástrico el elemento broncoaspirado, es conclusión de propio *a-quo,* según el siguiente pasaje de la sentencia: "Si se examina la historia clínica, así como las anotaciones consignadas en el hospital

de San Andrés, bien puede saberse, que al paciente a más de succión y lavado gástrico se le había suspendido la alimentación por vía oral con más de veinticuatro horas de antelación al tratamiento quirúrgico, como medidas preventivas. De estas circunstancias puede también inferirse válidamente, que hubo broncoaspiración de líquido gástrico y no de sustancias alimenticias sólidas". (Fl. 346).

"El papel del especialista en Neumología, sus 'procedimientos endoscópicos pulmonares' y su 'manejo médicoquirúrgicoanestesiológico' del problema, son, en el caso de broncoaspiración de jugo gástrico, "de gran utilidad", y no cuestiones inútiles como pareciera quererse sugerir.

"V.– CON EL AUXILIO DEL NEUMOLOGO ESPECIALIZADO Y LA PRACTICA OPORTUNA DEL LAVADO POR BRONCOSCOPIA, SE HUBIERA SALVADO LA VIDA DEL PACIENTE?

"Cuando el enfermo está en peligro, arriésgalo todo para salvarlo, aún tu misma reputación".

"Hufeland.

"Desde hace largos siglos –y, sobre todo en nuestra época– se manifiesta incesante el progreso de la medicina... Presto a no descuidar ninguna de las ventajas de este progreso, el médico está contínuamente atento a todos los medios de curar, o al menos de aliviar los males y sufrimientos de los hombres".

"Pío XI

"(Alocución al IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, reunido en Roma, 29 de septiembre de 1949).

"El médico fiel y sabio, después de conocer lo que conviene a la enfermedad, con la mayor presteza que pueda, atenderá a la curación del enfermo".

Arnaldo de Vilanova.

"El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad".

"(Ley de Etica Médica, art. 13).

"En su sentencia, el *a-quo* expresa que, con neumólogo o sin él, con broncoscopia o sin ella, el paciente pudo haberse muerto de todas maneras. Estoy totalmente de acuerdo. Y lo estoy, porque sobradamente

sé que nuestra vida, en últimas, está en las manos de Dios. No puedo entrar a rebatirle al Tribunal lo que afirma, porque cierto es que sólo Dios, en su sabiduría infinita, y en su condición de dador universal de la Vida, es quien podría responder ese interrogante. Unicamente El sabe si este hombre, no obstante recibir los beneficios del avance científico, hubiera muerto, de todas maneras. Sí, estamos de acuerdo: con neumólogo o sin neumólogo, con broncoscopia o sin broncoscopia, OSCAR PEDRAZA OCHOA podría haberse muerto, de todos modos.

"Pero así como yo no puedo asegurar, con la firmeza de quien sabe que no se equivoca, que OSCAR PEDRAZA OCHOA hubiera sobrevivido de haber recibido las ventajas de la broncoscopia oportunamente realizada y los beneficios de una atención especializada realmente en Neumología, tampoco pueden, ni el *a-quo,* ni el *ad-quem,* ni siquiera los médicos que aquí han declarado, ni nadie sobre la Tierra, afirmar, con certeza absoluta, sin dubitación alguna, que se hubiera muerto.

"El propio *a-quo* se ve forzado a escribir en su sentencia que "cuando se presentó la dificultad respiratoria, seguramente el deterioro de las vías respiratorias era irreversible". (Fl. 350).

"Cuánta vigencia cobran aquí las palabras de un gran médico colombiano, el Doctor GERARDO PAZ OTERO, consignadas en su libro "Deontología Médica General': "El médico no es infalible para poder predecir en forma cierta y sin temor a equivocarse los días de supervivencia que aún le resten a un paciente atacado de enfermedad incurable. Cuántos ejemplos hay de largas mejorías o sobrevivencia de los desahuciados! ... Cuando el médico se compromete a tratar un enfermo, adquiere la obligación en justicia de devolverle la salud si es posible, y entonces debe afrontar la lucha contra la enfermedad con optimismo y fe hasta sus últimas consecuencias, sin claudicaciones pesimistas...". (Ed. Universidad del Cauca, Popayán. 1954, págs. 250 - 251).

"El Código Penal de Colombia, al referirse al tema de la causalidad, dice, en su art. 21-inc. 2o., lo siguiente: "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

"Seamos un poco menos drásticos que el Código Penal, y digamos mejor: Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado (en este caso la muerte del paciente), no tratar de evitarlo equivale a producirlo. Si la ciencia médica y la tecnología proporciona recursos a favor de la vida humana, por qué no usuarlos, cuando una vida humana peligra?

"Si el especialista más indicado para manejar un caso de broncoaspiración es el neumólogo, por qué no llamar a uno, a ver si de pronto,

aplicando los conocimientos de su especialidad, logra salvar la vida del paciente?

"Al médico legista, Dr. CARLOS CORTES CABALLERO, se le formuló el siguiente interrogante: "PREGUNTADO: Al darse el caso de una broncoaspiración posterior a una intervención quirúrgica, el auxilio de qué especialista de la medicina debe buscarse? CONTESTO: En un medio avanzado como el nuestro creo yo que debe llamarse al broncoscopista, que puede ser neumólogo o cirujano de tórax. En otros sitios donde no cuentan con estos especialistas debe afrontarse esta emergencia médicamente es decir con tratamiento sintomático". (Fl. 261 vto.).

"Refiriéndose al Doctor RICARDO MANTILLA, cirujano del caso, la señora ANA OCHOA DE PEDRAZA, madre del occiso, relata:

"... dijo: hay que llamar un neumólogo para que le haga un lavado en el pulmón... y eso fue a la una, dijo hay que llamar al neumólogo". (Fl. 31 vto.).

"HOMERO ANTONIO PEDRAZA OCHOA, hermano del occiso, narra:

"... en seguida el doctor Mantilla entró a la sala de cirugía y no demoró y salió nuevamente y volvió y nos manifestó que Oscar tenía un problema pulmonar que se iban a poner en contacto o que iban a llamar a un neumólogo para que viniera a practicarle unos lavados y exámenes y en seguida salio y se fue". (Fl. 34).

"ALFREDO CAMARGO ACEVEDO expone lo siguiente:

"... nos dijo a los que estábamos ahí que se había presentado un problema pulmonar, que iba a ordenar que llamaran un neumólogo para que lo atendiera y salió". (Fl. 21 vto.).

"El Dr. RICARDO MANTILLA dice al Tribunal Administrativo:

"... solicité que pasaran el paciente a la unidad de cuidados intensivos y que llamaran a los médicos internistas y al neumólogo adscrito y disponible en ese momento para el Seguro Social". (Fl. 303 vto.).

"Realmente se llamó a un neumólogo: El *a-quo* reconoce que, ciertamente, no hubo neumólogo en este caso: "En cuanto al reparo que le hace el demandante al personal que con posterioridad a la broncoaspiración atendió al paciente, la Sala encuentra que ni aún habiendo existido un neumólogo para atender al paciente, se habría garantizado su supervivencia". (Fl. 349).

"Y lo reafirma: "Ahora bien: no hubo un neumólogo para tratar al paciente en la fase final". (Fl. 350).

"Y remata: "Por último, aún admitiendo que un neumólogo habría sido de gran ayuda para el tratamiento, su presencia no necesariamente habría garantizado un final exitoso. Dicho de otra manera, no hay prueba que (sic) la ausencia del neumólogo tiene (sic) relación de causalidad con la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA". (Fls. 350 - 351).

"No hubo, pues, neumólogo. Pero el *a-quo* minimiza esta falla con el argumento de que se llamó al Doctor ALVARO ALFREDO SUS JAIMES, y "no está demostrado que el doctor Sus careciera del título de internista, el cual también le permitiría efectuar un diagnóstico". (Fl. 350).

"Como anoté atrás, yo parto de algunas premisas fundamentales sobre las cuales aspiro que estemos identificados quienes estudiemos este caso. Premisas que me parecen axiomáticas, por lo obvias. Una de ellas, la que he señalado como premisa No. 5: Si no existe en el medio en el que se actúe el recurso humano especializado, se acudirá a otro menos especializado o, en últimas, a uno general. Pero siempre que exista en el medio en el que se actúa el recurso humano especializado o sub-especializado, es éste el que debe ser utilizado, porque el paciente, y máxime el que está en riesgo inminente de perder la vida, tiene derecho a beneficiarse de las ventajas que ofrece la división y sub-división del trabajo médico. Frente a la salvación de una vida humana no hay economía de recursos que valga.

"Pero aunque la premisa me parece obvia, no estoy, ciertamente, huérfano de respaldo dentro del expediente. Veamos apartes de las declaraciones del Doctor CARLOS CORTES CABALLERO, médico forense; del Doctor HERNANDO JEREZ RODRIGUEZ, funcionario del Instituto de los Seguros Sociales, y de la Universidad Nacional:

"En un medio avanzado como el nuestro creo yo que debe llamarse al broncoscopista que puede ser neumólogo o cirujano de tórax. En otros sitios donde no cuentan con estos especialistas debe afrontarse esta emergencia médicamente es decir, con tratamiento sintomático'. (Fl. 261 vto., declaración del Dr. CORTES).

"Existen dos tipos de medios en cuanto a la atención médica, está el medio rural donde por lo general la prestación del servicio la realizan profesionales de la salud recién egresados que prestan su año de servicio social obligatorio, también los médicos, y por lo general existe el recurso humano con alguna experiencia, que realizan las intervencio-

nes quirúrgicas y prestan la atención en la anestesia al paciente, y está el medio de mediana o de alta tecnología como sería el caso de Bucaramanga donde ya hay la infraestructura necesaria para que los servicios médicos sean dados de acuerdo a la especialidad... Por lo cual en un medio como al nuestro y de acuerdo a las especialidades existentes se debe ofrecer el servicio al usuario, afiliado o paciente de acuerdo a esos avances tecnológicos y científicos con el fin de disminuír al máximo el riesgo que pueda generar un acto quirúrgico y por ende proteger la vida y la salud del paciente". (Fls. 312 vto. - 313, declaración del Dr. JEREZ).

"Es difícil asegurar que solo un Médico Especialista de Anestesiología pueda realizar un procedimiento medicoanestésico para intervenir la intervención quirúrgica de apendicectomía. En nuestro medio colombiano, médicos generales de las últimas promociones han sido educados en sus respectivas Facultades de Medicina para que dadas las circunstancias de ausencia de Anestesiólogos Especialistas en muchas regiones, puedan realizar procedimientos anestésicos que permitan la ejecución de intervenciones quirúrgicas como la mencionada. Es de lógica suponer que un Especialista en Anestesia por su preparación médica brinda mayor seguridad a los pacientes en cualesquiera situación médica-anestésica donde se desempeñe". (Fl. 275, concepto de la Universidad Nacional, Facultad de Medicina, Unidad Especializada de Anestesiología).

"Podía el Dr. SUS, en su condición de internista, frente a un caso de neumonía por broncoaspiración, brindar más seguridades al paciente que se hallaba en peligro inminente de morir, que un neumólogo? No lo creo. No sólo por lo que se ha transcrito en el sentido de que era el neumólogo el especialista indicado para manejar el caso, sino por las preocupantes palabras del Dr. HERNANDO JEREZ RODRIGUEZ acerca de la actividad médica por la cual es conocido el Dr. SUS: "PREGUNTADO: En su condición de Ex-Secretario de Salud de Santander y consiguientemente Jefe del Servicio Seccional de Salud, sírvase decir si Ud. conoce a un médico de nombre Alvaro Alfredo Sus Jaimes, y en caso afirmativo si sabe a qué especialidad se dedica? CONTESTO: lo distingo y él se dedica a la nefrología, enfermedades del riñón". (Fl. 313).

"Además, porque en las páginas amarillas del directorio telefónico de Bucaramanga, el Dr. ALVARO ALFREDO SUS JAIMES no se anuncia como neumólogo (véase pág. 203, médicos-medicina interna-nefrología). El aviso publicitario del Dr. SUS dice: "DR. ALVARO SUS JAIMES. Medicina Interna. Nefrología. Enfermedades del riñón. Hipertensión arterial. Diabetes. Calle 47 No. 28-78. 78565-72222).

"Tal vez esto explique el por qué estando con el paciente desde el mediodía (recordemos que el anestesiólogo entró hacia las 12 m. a la sala de cuidados intensivos y allí vió al Dr. SUS con el enfermo) y siendo, según él mismo, el lavado bronquial por broncoscopia la conducta a seguir, no efectuó dicho procedimiento —cuando eran de esperarse el arribo del Dr. JOSE LUIS LARA, quien tardíamente (a las 5:30 p.m.; según la historia clínica) trató de efectuar el procedimiento, pero nada pudo hacer ya porque el paciente falleció a esa hora.

"No cabe duda de que las posibilidades de supervivencia de OSCAR PEDRAZA OCHOA habrían sido mayores si, en vez de un internista dedicado a las enfermedades del riñón, se hubiera contado con los servicios de un neumólogo.

"Se llamó, al menos, a los neumólogos?

"HENRY BARRIOS PEÑARANDA (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médicos-neumología, 'pág. 204): "PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si Ud. fué llamado a atender el caso del paciente Oscar Pedraza Ochoa, en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de una intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso: CONTESTO: Nó". (Fl. 265).

"LUZ LIBIA CALA VECINO (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médicos-neumología, pág. 204): "PREGUNTADA: Manifieste al Despacho si Ud. fue llamada a atender el caso del paciente Oscar Pedraza Ochoa en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de un (sic) intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso: CONTESTO: No". (Fl. 265 vto.).

"RAFAEL MORENO PEÑARANDA (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médico-neumología, pág. 204): PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si Ud., fue llamado a tender (sic) el caso del paciente Oscar Pedraza Ochoa, en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de una intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso? CONTESTO: No" (fl. 266).

"ALIRIO GOMEZ GALAN (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médicos-neumología, pág. 204): Manifieste Ud. al Despacho si fue llamado a atender el caso del paciente Oscar Pedraza Ochoa, en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de una intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso? CONTESTO: No" (fl. 266 vto.).

"AGUSTIN PARRA GARCIA (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médicos-neumología, pág. 204): "Manifieste al Despacho si Ud. fue llamado a atender el caso del paciente Oscar Pedraza Ochoa, en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de una intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso? CONTESTO: No.". (Fl. 267).

"MARIA EUGENIA RAMIREZ QUINTERO (véase directorio telefónico de Bucaramanga, páginas amarillas, médicos-neumología, pág. 204): "PREGUNTADA: Manifieste Ud. al Despacho si fue llamada a atender (sic) el caso del paciente Oscar Pedraza (sic) Ochoa, en la Clínica Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986, al presentársele una complicación pulmonar por broncoaspiración, luego de una intervención quirúrgica, complicación que determinó su deceso? CONTESTO: No.". (Fl. 267 vto.).

"Si Bucaramanga, capital del departamento de Santander, la ciudad más importante del oriente colombiano, contaba con recursos humanos especializados en la rama específica que se requería (neumología), por qué ni siquiera se les llamó?

"Podía prescindirse de la neumología cuando era, precisamente, la neumología la ciencia que brindaba mejores perspectivas para la salvación de la vida del paciente?

"No tenía derecho OSCAR PEDRAZA OCHOA, un hombre joven, dedicado a la educación excelente hijo e inmejorable hermano –como lo muestra el expediente–, a beneficiarse de las innegables ventajas ofrecidas por la división y sub-división del trabajo médico? No tenía ese derecho cuando era su vida la que se hallaba en peligro inminente de esfumarse? Para qué es la ciencia, entonces, si no es para brindarle al género humano mejores expectativas de vida?

"Para qué es, entonces, la Seguridad Social si no es para proteger al hombre –pero protegerlo de verdad– frente a las contingencias de la vida, una de las cuales es la enfermedad?

"En nuestro alegato de conclusión, transcribiremos lo que enseña la literatura médica acerca de la importancia capital que tiene el lavado a través del broncoscopio frente a los casos de broncoaspiración. Aunque, esa importancia resulta evidente. En efecto, si, por definición, la broncoaspiración (no la "broncoexpiración", como la llama algunas veces el Dr. RICARDO MANTILLA –Fl. 60 vto.– porque una cosa es aspirar y otra es expirar) consiste en la entrada de material gástrico a las vías aéreas, el procedimiento lógico –sin ser médicos– es que se trate de

limpiar esas vías aéreas, que no se deje el material gástrico allí, causando daño.

"VI.– EL PRINCIPIO DE LA OPORTUNIDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL:

"A medida que las sociedades crecen y se desarrollan, pareciera irse perdiendo de vista ciertos valores y principios. En nuestro medio, ha ido arraigándose la idea de que la vida y la salud –especialmente las de la gente pobre pueden esperar, y que, si en la angustiosa espera, se esfuman –en medio del dolor y el llanto de madres, viudas y huérfanos– la única obligación que adquieren clínicas, hospitales y entidades de seguridad social, es la de entregar el cadáver del desdichado para su sepultura.

"El proceso de desarrollo económico y tecnológico es una realidad evidente, indetenible e inevitable. Nuevos y cada vez más altos rascacielos, lujosas e iluminadas autopistas, centros comerciales de asombrosa complejidad, autos cada vez más despampanantes y veloces, máquinas cuya capacidad para remover el mundo deja atónitos a todos, aparatos capaces de sistematizar la vida, en fin, los siempre novedosos y sorprendentes productos de la técnica, siguen invadiendo el mundo y la sociedad, de manera incontenible, cambiando hasta nuestros hábitos y nuestros conceptos sobre lo necesario y lo útil.

"Y en medio de ese mar de desarrollo, el hombre pareciera quedar inmerso en su soledad, inerme, desprotegido, algo así como relegado a un segundo plano: el peatón, inerme y solo frente a los automóviles y motocicletas que cruzan raudos a su lado; el niño que abandona su casa hacia la escuela, débil e indefenso frente al riesgo –constante a su paso– de morir atrapado por la energía eléctrica; el trabajador, pequeño y frágil frente a la gigantesca y peligrosa maquinaria que ruge a su alrededor y amenaza con matarlo o mutilarlo al menor descuido o a la primera falla.

"Es entonces cuando el hombre vuelve su mirada hacia lo único que puede disminuírle los riesgos que lo acechan, hacia lo único que puede establecer mecanismos de auxilio cierto en caso de que uno de tales riesgos se concrete, hacia lo único que puede darle humanismo al desarrollo tecnológico, en una palabra, hacia lo único que puede protegerlo –de manera tangible– respecto de las contingencias de la vida; y ese algo no es otro que el Derecho.

"El derecho, la norma jurídica, el principio jurídico, surgen, entonces, para proteger al débil –que en este caso es el hombre– frente a la fuerza formidable e irresistible del desarrollo social.

"Y ello por cuanto "... el ser humano es el destinatario último de todo proceso económico, el cual no puede adelantarse a costa de la vida y de la salud...". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de septiembre de 1982, mag. pon.: Dr. Fernando Uribe Restrepo. En: Jurisprudencia y Doctrina, Legis, Bogotá, 1982, tomo XI, No. 131, pág. 965).

"Por eso, se establecen disposiciones legales orientadas a defender la vida y la salud, a lograr que la vida humana no se vea eclipsada en su valor a causa de la deshumanización que trae consigo el progreso.

"Surge, entre otras disciplinas, la de la Seguridad Social.

"Y esta seguridad social se edifica sobre unos principios mínimos, entre ellos el principio de la oportunidad.

"Ya desde la Edad Media, Arnaldo de Vilanova (de quien recuerda el gran médico legista colombiano GERARDO PAZ OTERO que fué "el más célebre maestro de Montpellier, renombrado teólogo, médico y jurista", que "actuó como médico de papas y reyes" y que "sus obras fueron quemadas públicamente" por orden del Santo Oficio y "declarado postmortem hereje en connivencia (sic) con el demonio" por la Inquisición –ob. cit., pág. 70), señalaba, en sus "sentencias deontológicas médicas" las siguientes:

"El médico fiel y sabio, después de conocer lo que conviene a la enfermedad, con la mayor presteza que pueda, atenderá a la curación del enfermo"; "A la curación de las enfermedades más graves hay que atender con más ahinco"; "A las enfermedades malignas y que irrumpen con ímpetu corresponde aplicar pronto remedios de gran eficacia; a las ligeras y que admiten espera, una medicina suave y de larga duración" (PAZ OTERO, Gerardo, ob. cit., pág. 44).

"El Doctor HERNANDO JEREZ RODRIGUEZ, desde su óptica de Jefe de Salud Ocupacional del Instituto de los Seguros Sociales y catedrático de Salud Pública de la Facultad de Odontología de la Universidad Santo Tomás, resalta que "quien asuma la prestación de los servicios de salud en términos de prevención, de protección, de tratamiento y de rehabilitación, debe contar con la calidad en la atención" y que "en la calidad de la atención deben tenerse en cuenta algunas características, para que la prestación del servicio sea eficaz, sea oportuno y sea completo".

"Esa atención –señala el Dr. JEREZ– debe ser oportuna, quiere decir que se le debe prestar el servicio al usuario a su debido tiempo y en las condiciones en que se requiera". (Fl. 312)".

— III —

CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO JUDICIAL DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que le brindó la ley para alegar de conclusión lo hizo dentro del siguiente perfil:

"... SEGUNDO: *FALLO DEL TRIBUNAL DE ETICA MEDICA.*

"Dentro del acervo probatorio contamos con el fallo del TRIBUNAL DE ETICA MEDICA de Santander (folios 208 a 215), después examinar detenidamente las numerosas pruebas aportadas en el proceso y con fundamento en el análisis que de ellas se hizo, determinó:

> "Si bien es cierto que no existió autopcia (sic), en el caso del paciente OSCAR PEDRAZA, la secuencia de los hechos permite afirmar que el deceso se produjo como síndrome de broncoaspiración que determinó el cuadro de una neumonia (sic) bilateral con insuficiencia respiratoria y Shock irreversible".
>
> "Al mismo tiempo se analiza si la espera para operar influyó en la aparición de complicación. En el caso que nos ocupa, no influyó, puesto que esta no estuvo ligada al progreso de las lesiones anatomo-patológicas y la cirugía practicada puedo (sic) hacerse correctamente, no se encontró perforación visceral, no se constató desequilibrio hidroelectrolítico grave, ni compromiso multisistémico componentes estos si relativos a una demora, así hubiera sido justificada o injustificada. La broncoaspiración sólo requiere que haya vómito, que este sea abundante y que el reflejo tosígeno (sic) esté disminuído o ausente; por consiguiente la conducta del Dr. MANTILLA P. no tuvo ninguna influencia en la complicación que desembocó en la defunción de OSCAR PEDRAZA OCHOA (el repisado es mío).
>
> "Es importante ante este hecho analizar la situación del Dr. HUGO CASTELLANOS, anestesiólogo de la intervención quirúrgica, quien posiblemente podría ser responsable en el presente caso. La realidad procesal, permite determinar que la broncoaspiración se produjo en el momento de la inducción anestésica, constatada por el anestesiólogo y los cirujanos que actuaron y corroborado por el Dr. Sus, quien fue consultado en el post-operatorio inmediato, ya que el paciente presentaba buenas condiciones cuando llegó a la zona quirúrgica, signos vitales normales, abdómen con defensa, sin vómito durante el período de observación en la Clínica Bucara-

manga; que el paciente fue atendido inmediatamente y que no fué consecuencia de un descuido (el repisado es mío), sino que el anestesiólogo lo vivió en la inducción y procedió de manera consecuente al efecto nocivo. Esta complicación es frecuente en pacientes con oclusión, no obstante las medidas preventivas que se toman, debido a que el contenido intestinal por efectos de los relajantes, llega en tromba al reservorio gástrico, así este haya sido preparado y no presente signos de distensión y no es posible atribuírlo a descuido o ignorancia por parte del DR. CASTELLANOS (el repisado es mío)".

"No sobra anotar que la sola imputación de la falta o calificación que de ellas se haga, no constituye razón suficiente para formularles cargos a los Drs. antes anunciados, lo que importa es la apreciación de los hechos, los cuales demuestran que en ningún momento los Drs. MANTILLA Y CASTELLANOS, cometieron faltas contra la ética médica, ya que procedieron en forma correcta y fue bien manejado el caso". (El repisado es mío).

"TERCERO: *IDONEIDAD DE LOS PROFESIONALES*

"Aparece demostrada la idoneidad de los médicos Dres. RICARDO MANTILLA PAIPILLA, HUGO CASTELLANOS y ALFREDO SUS.

"La del Dr. MANTILLA PAIPILLA, 25 años de servicio profesional.

"La del Dr. HUGO CASTELLANOS en folios 325 al 329, médico de 56 años con especialización en anestesiología desde 1965.

"La del Dr. ALFREDO SUS, en lo aportado al Consejo de Estado.

"CUARTO: *LA CAUSA DE LA MUERTE*

"El certificado de defunción, expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, señala que la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA, ocurrida en la Clínica Bucaramanga, el 10 de octubre de 1986, fue causada por neumonía bilateral aguda, por broncoaspiración según certificación del Dr. RICARDO MANTILLA PAIPILLA. (Folio 6).

"La muerte con OSCAR PEDRAZA OCHOA se produjo por broncoaspiración imprevisible.

"EL TESTIMONIO DEL Dr. CARLOS CORTES CABALLERO, eminente médico patólogo, director de Medicina Legal, que aparece en el folio No. 261, cuando se le preguntó si la broncoaspiración es un fenómeno previsible dijo:

"Es muy difícil decirlo, y la situación se complica cuando se trata de pacientes que deban ser intervenidos quirúrgicamente con el carácter de urgencia". "No hay método, ni manera de evaluar o predecir la aparición de las complicaciones como las que nos ocupa".

"El Dr. MANTILLA PAIPILLA, expresó su complacencia por cuanto la operación había sido un éxito. Realmente fue un éxito. El fallecimiento del paciente fue producida por broncoaspiración, que como se ha repetido una y otra vez, son accidentes imprevisibles. El Dr. MANTILLA P. hizo un trabajo operatorio a conciencia, utilizando todo el conocimiento técnico que conoce en sus 23 años de ejercicio. El acto operatorio en sí solo consistió en una recección intestinal con anastanosis terminal, procedimiento que se hace miles de veces y que presenta escasa morbilidad. La broncoaspiración, causa del fallecimiento del paciente, es independiente de la intervención quirúrgica. La cirugía que fué practicada, FUE UN EXITO Y NO FUE CAUSA DE LA BRONCOASPIRACION. No fue practicada autopcia (sic), ni fue solicitada, porque el diagnóstico es EVIDENTE.

"CONCEPTO DE LA UNIDAD ESPECIALIZADA DE ANESTESIOLOGIA–FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.– (Folio 275, 276) informe eminentemente técnico, da en los puntos F, G y H indicaciones para evitar y tratar los casos de broncoaspiración.

"PUNTO F. En el supuesto de que un paciente vomite durante la inducción anestésica se deben extremar todas las medidas conocidas para evitar la broncoaspiración (limpieza cavidad oral, succión, posición del paciente, intubación endotraqueal) todas estas medidas deben realizarse antes de permitir la iniciación del acto quirúrgico. De acuerdo con cada situación específica en el postoperatorio inmediato se evaluarán la permeabilidad de las vías aéreas así como la ventilación del paciente y según el resultado se instaurarán o nó medidas especiales para garantizar la adecuada ventilación. Si el paciente ha vomitado antes del proceso de inducción, se tratará de diagnosticar o nó la posible broncoaspiración y en caso afirmativo se tomarán las medidas anteriormente enunciadas.

"PUNTO C: Si un paciente después de la cirugía, aún en el quirófano o en el servicio de recuperación postanestésica vomita o regurgita o broncoaspira debe tenerse en cuenta como factor etiológico el estado previo a la intervención, de estómago lleno; la disminución o abolición de los mecanismos de defensa laringea, por un estado de conciencia incompleto, por una desprotección de las vías aéreas, en el estado de conciencia mencionada o a un volúmen exagerado del contenido gástrico en cavidad oral que haga imposible su evacuación en forma rápida y completa.

Si el paciente fallece debido al proceso de broncoaspiración, ésto puede deberse cuando el contenido aspirado es alimenticio, a una falla respiratoria aguda por oclusión masiva de las vías aéreas implicando rápidamente la función cardíaca. Si la broncoaspiración es específicamente de jugo gástrico el deceso puede ser tardío y producido por lesión del tejido pulmonar debido a la gran acidez del jugo gástrico. La broncoaspiración puede evitarse suspendiendo oportunamente la ingesta de alimentos aspirando al máximo el contenido de la cavidad gástrica cuando sus condiciones físicas lo permite. Si ésto no es posible como en situaciones de emergencia la prevención de la broncoaspiración está dada por la protección adecuada de las vías aéreas, la vigilancia permanente durante la inducción anestésica y en el período de recuperación inmediata. Otros medios que evitan la broncoaspiración ante el paso rápido del contenido gástrico a la cavidad oral son los cambios de posición del paciente que facilitan por gravedad la expulsión hacia el exterior del material en la cavidad oral; además de su extracción por maniobras manuales o utilizando succionadores eléctricos.

"Revisadas las acciones dadas al caso del Sr. OSCAR PEDRAZA, vemos que:

"A) En el momento de la inducción presentó vómito, hubo de ser atendido mediante cambio de posición y aspiración del vómito. El Dr. CASTELLANOS y el Dr. LUIS ERNESTO BALLESTEROS, ayudante de cirugía durante la operación afirmaron que se hicieron aspirados rápidos en la cavidad bucal a fin de evitar la broncoaspiración. Estas versiones están consignadas como transcripciones en la providencia del Tribunal de Etica Médica que absolvió a los médicos RICARDO MANTILLA y HUGO CASTELLANOS.

"B) Se le había suspendido la ingestión de alimentos por vía oral desde el Hospital de San Andrés (historia clínica del paciente); allí se le aplicó succión y lavado gástrico, luego es DE PRESUMIR QUE NO TENIA MATERIAL ALIMENTICIO EN EL ESTOMAGO. ESTA DEMOSTRADO QUE HUBO BRONCOASPIRACION DE JUGO GASTRICO Y NO DE SUSTANCIAS ALIMENTICIAS SOLIDAS. *POR SER EL JUGO GASTRICO EL MATERIAL AVOMITADO (sic). LOS DAÑOS EN LAS VIAS RESPIRATORIAS FUERON LENTOS EN SUS EFECTOS. EN ESTAS CONDICIONES, CUANDO SE PRESENTO LA DIFICULTAD RESPIRATORIA SEGURAMENTE EL DETERIORO DE LAS VIAS RESPIRATORIAS ERA IRREVERSIBLE.*

"QUINTO: *LA PRESENCIA DE UN NEUMOLOGO*

"LA SALA DEL HONORABLE TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en la sentencia establece:

"Aun admitiendo que un Neumólogo había sido de gran ayuda para el tratamiento, su presencia no había garantizado un final exitoso. Dicho de otra manera, no hay prueba que la ausencia del Neumólogo, tiene relación de causalidad con la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA".

"Se prestaron todos los conocimientos para lograr la recuperación de un paciente. Se llamaron médico internista, anestesiólogo, cirujano, etc., el Instituto estuvo atento a través de la coordinadora de prestar todo su concurso; salvar la vida del Sr. PEDRAZA OCHOA y de todas las personas que llegan a solicitar la prestación del servicio, en cumplimiento al juramento que ellos prestaron hace muchos años.

"Los médicos que atendieron al paciente del caso que nos ocupa, han demostrado ser idóneos: el Dr. MANTILLA P, 25 años de servicio médico y cirujano; el Dr. HUGO CASTELLANOS E., médico de 56 años, con especialización como anestesiólogo desde 1965; hicieron lo debido. Libraron cruentas batallas con conocimientos científicos y técnicos, sin menguar esfuerzos, ni aplazamientos, sin improvisaciones, dentro del marco de la sabiduría, la voluntad y la inteligencia, con la seguridad de todos los pasos dados. La causa del fallecimiento fue ajena, no podía predecirse, y cuando se presentó la broncoaspiración, se hicieron todos los esfuerzos, echando mano a todos los conocimientos, instrumentos, recursos científicos y humanos. Los profesionales al servicio del Instituto, idóneos en la materia, de experiencia, encaminaron todos los esfuerzos para salvar la vida de un ser humano, SIN EMBARGO LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA BRONCOASPIRACION DE JUGO GASTRICO A LAS VIAS RESPIRATORIAS, FUERON LA CAUSA DE LA MUERTE INMINENTE DEL SR. OSCAR PEDRAZA OCHOA. *NO PUEDE CALIFICARSE FALLA EN EL SERVICIO POR CUANTO NO HAY LOS TRES ELEMENTOS PRINCIPALES A) FALLA O FALTA EN EL SERVICIO, b) DAÑO SOBRE BIENES O DERECHOS LEGITIMAMENTE PROTEGIDOS Y UNA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA.*– FALLO DEL MINISTERIO PUBLICO que comparte la Sala del Tribunal Administrativo al denegar las pretensiones de la demanda.

"Por lo anterior, solicito al Sr. Consejero, confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, y se exima en forma definitiva y de toda responsabilidad al Instituto del Seguro Social de Santander, que por un caso fortuito, impredecible, como aparece en las pruebas del proceso, se le quiere hacer responsable de el fallecimiento de uno de sus afiliados, imputándosele falla del servicio y falta de integración de su cuerpo médico". (Fl. 486 – 492 Cdno. No. 1).

–IV –

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"CONSIDERACIONES:

"Del material probatorio aportado al proceso se deduce:

"Que el señor Oscar Pedraza Ochoa, afiliado al Instituto de Seguros Sociales, falleció en la ciudad de Bucaramanga, el día 10 de octubre de 1986 cuyo diagnóstico fué el siguiente:

> "Obstrucción Intestinal por Volvulus del Ileón, producido por brida congénita. Broncoaspiración. Neumonía bilateral. (Folio 204).

"En lo tocante a las declaraciones rendidas en el proceso se destacan las siguientes:

"El Doctor Carlos Cortés Caballero, médico dedicado a la anatomía patológica, en declaración rendida ante el Tribunal *a-quo*, y en la relación con el debate que aquí se plantea afirma lo siguiente: ... PREGUNTADO: Eran, en el caso concreto que hemos venido analizando, la broncoaspiración un fenómeno previsible, de acuerdo con las declaraciones que hemos transcrito? CONTESTO: Es muy difícil decirlo y la situación se complica más cuando se trata de pacientes que deben ser intervenidos quirúrgicamente con el carácter de urgencia "No hay método o manera de evaluar o predecir la aparición de complicaciones como las que nos ocupa". PREGUNTADO: De qué depende, doctor Cortés que la broncoaspiración sea o no mortal? CONTESTO: Básicamente de dos factores primero la cantidad de material broncoaspirado y segundo el compromiso del aparato respiratorio". PREGUNTADO: El señor Homero Antonio Pedraza Ochoa relata que "Luego ya en San Andrés consultaba yo con el mismo doctor Higuera y el médico rural de ese entonces y me contestaron que eso era un caso típico de descuido, que con que alguien hubiera estado mirando a Oscar cuando le vino el vómito y lo hubiera recostado o parado un poco, que se había salvado... que si una persona se deja broncoaspirar era fatal...". (Fl. 34 v.). Qué opinión le merece a Ud. doctor Cortés este comentario científicamente? CONTESTO: "Son conceptos respetables y en medicina afortunadamente nunca dice uno la última palabra, insisto en que la clave del éxito en las intervenciones quirúrgicas se debe no sólo al

cirujano sino también al anestesiólogo y al equipo para médico que deben funcionar a cabalidad. En lo que sí no estoy de acuerdo es en que toda broncoaspiración es fatal. Durante mi corto paso por la anestesiología en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín, también en una intervención de urgencia y en la inducción tuve una paciente que se broncoaspiró y que afortunadamente sobrevivió, y muchos casos que podría contar algunos cirujanos o anestesistas se recuperan de estos accidentes desafortunados".

"PREGUNTADO: Al darse el caso de una broncoaspiración posterior a una intervención quirúrgica, el auxilio de qué especialista de la medicina debe buscarse? CONTESTO: "En un medio avanzado como el nuestro creo yo que debe llamarse al broncoscopista que puede ser neumólogo o cirujano de tórax. En otros sitios donde no cuentan con estos especialistas debe afrontarse esta emergencia médicamente, es decir, con tratamiento sintomático". PREGUNTADO: Qué es, doctor Cortés un especialista en nefrología y si esta especialidad tiene que ver con el caso de la broncoaspiración? CONTESTO: "El nefrólogo se especializa en enfermedades del aparato urinario con más énfasis en las que comprometen el riñón. No le veo relación de acuerdo con lo que se me ha contado sobre este caso". A continuación el señor apoderado de la parte demandada solicita al H. Magistrado interrogar al testigo a lo cual se accede y se procede así: PREGUNTADO: Doctor Cortés desde el punto de vista clínico es posible confundir por su sintomatología un caso de apendicitis colesistitis, gastritis, y otro tipo de inflamaciones de las vísceras abdominales? CONTESTO: "Es posible que en la fase inicial de cualquiera de estos procesos y otros como la pancreatitis, el cuadro clínico sea similar y se confunden". PREGUNTADO: Doctor Cortés, existe algún método científico para diagnosticar sin posibilidad de error, cuando el problema es del apéndice o de la otra enfermedad abdominal? CONTESTO: "En la fase inicial de cualquier proceso abdominal que comprometa el apéndice o la vesícula, etc., no hay método científico que dé el diagnóstico definitivo". PREGUNTADO: Doctor Cortés, por qué en el argot médico se denomina al abdomen "la caja de pandora"? CONTESTO: Porque cualquier proceso inflamatorio de los órganos abdominales en su fase inicial produce el mismo cuadro clínico que no permite precisar un diagnóstico". PREGUNTADO: En el caso que nos ocupa el caso de discrepancia en el diagnóstico hecho entre el doctor Ricardo Mantilla y el doctor Higuera Páez implicaría desde el punto médico, y científico alguna falla en el manejo del paciente? El señor apoderado de la parte demandada replantea la pregunta en estos términos: El diagnóstico divergente de los dos galenos mencionados, qué implicaciones de tipo clínico pudo haber conllevado en el caso que nos ocupa? CONTESTO: Ninguna porque cualquiera de las entidades sugeridas implicaban un tratamiento quirúrgico que fué el que se hizo" (folio 261 vto.).

"Por su parte el Doctor Melquisedec Gutiérrez Beleño cirujano cardiovascular manifiesta en su declaración, ante el Tribunal *a-quo:* ...PREGUNTADO: Cuando un paciente llega a una Clínica aquí en Bucaramanga, remitido por el médico de provincia, qué procedimientos se siguen por parte del Seguro? CONTESTO: "El paciente presenta en el servicio de urgencias la hoja de tránsito de pacientes y se identifica mostrando su carnet y tarjeta de comprobación de servicios vigentes que le acrediten como afiliado del Seguro Social de Santander, es valorado por el médico de urgencias de la Clínica quien avalúa nuevamente al paciente y según los hallazgos de su historia clínica decide el manejo hospitalario o ambulatorio del paciente. Si el caso es para hospitalizar informa al médico coordinador de clínicas del Seguro Social de Santander quien solicitará otras ayudas para clínicas si considera necesario y definirá el tipo de especialista quien es a la postre el médico que va a continuar con el caso. Si requiere valoraciones por otros especialistas éste último las solicitará de acuerdo a su criterio". PREGUNTADO: De acuerdo a lo dicho por Ud. en el caso concreto del profesor Oscar Pedraza Ochoa se le trató o manejó de acuerdo a los procedimientos por Ud. dichos? CONTESTO: "Sí, este caso es un claro ejemplo de lo expuesto anteriormente. En San Andrés fue manejado hospitalariamente por el doctor Josué Higuera Páez quien le remitió a Bucaramanga llegando al Servicio de Urgencias de la Clínica Bucaramanga. Allí le valoró el médico de turno quien a su vez informó a la doctora Elsa Franco de Bernal quien desempeñaba el cargo de Coordinadora de Clínicas del Instituto de Seguro Social de Santander y ella a su vez llamó al doctor Ricardo Mantilla Paipilla como cirujano para que continuara con el caso". PREGUNTADO: Exige el Instituto de Seguro Social de Santander título de especialización en cirugía a los médicos que intervienen quirúrgicamente a sus afiliados? CONTESTO: Existen dos tipos de procedimientos quirúrgicos que son: las urgencias y los procedimientos electivos. En los casos de urgencias en los cuales corra peligro la vida del enfermo cualquier profesional de la medicina puede intentar resolver la situación dentro de las limitaciones de sus conocimientos. Los procedimientos electivos solo son realizados en Bucaramanga por los especialistas vinculados con el Instituto de Seguro Social de Santander de acuerdo a sus normas estipuladas actualmente". (Fl. 3 269 vto.).

"PREGUNTADO: (Folio 270). Sabe Ud. señor doctor Gutiérrez, el nombre del médico neumólogo que atendió el caso del afiliado Oscar Pedraza Ochoa cuando se presentó la complicación pulmonar que le causó la muerte? CONTESTO: "El paciente fue valorado por el doctor Alvaro Sus Jaimes y por José Luis Lara". PREGUNTADO: Sabe Ud., señor doctor Gutiérrez, de qué fue intervenido quirúrgicamente el paciente Oscar Pedraza? CONTESTO: "Al revisar la historia clínica aparece consignado un diagnóstico de obstrucción intestinal por brindas

(sic) congénitas". PREGUNTADO: Sabe Ud., doctor Gutiérrez cuál fue la causa de la muerte de este paciente? CONTESTO: Hago referencia nuevamente a la historia clínica donde aparece consignada una broncoaspiración que le ocasionó una neumonitis y una neumonía química". PREGUNTADO: Podría describirnos científicamente por qué razón un paciente intervenido quirúrgicamente de un problema intestinal muere por broncoaspiración? CONTESTO: La razón de la broncoaspiración es el vómito que se halla en las vísceras intraabdominales". PREGUNTADO: En el caso de este paciente y de acuerdo a lo investigado por Ud. qué fue lo que ocurrió para que se muriera el paciente? CONTESTO: "La regurgitación del contenido intestinal en un paciente cuyos reflejos de tos y de vómito se hallaban bloqueados por agentes medicamentosos impidiéndole defenderse de sustancias que no se hallaban en su sitio normal de ubicación". PREGUNTADO: (Folio 270 vto.) Dr. Explique al Despacho si hay un tratamiento médico eficaz cuando a los pacientes se les presenta la broncoaspiración? CONTESTO: "No, es la complicación más temida en las cirugías".

"El doctor, Ricardo Mantilla Paipilla a folio 303 y siguientes en declaración rendida ante el Tribunal Administrativo de Santander hace un recuento de los hechos desde el momento en que el señor Pedraza Ochoa ingresó por remisión del Hospital del Municipio de San Andrés a la Clínica Bucaramanga y a la intervención quirurgica a que fue sometido y su posterior fallecimiento, afirmando que la evaluación, tratamiento e intervención quirúrgica practicada al señor Oscar Pedraza Ochoa estuvo ceñida a los parámetros que la Ciencia Médica aconseja, que se le prestó toda la colaboración médica necesaria y que su fallecimiento fue el resultado de una complicación que se presentó luego de la intervención quirúrgica.

"Para mayor ilustración se transcriben algunos de sus apartes..." PREGUNTADO. (Folio 304 y 304 vto.). Al folio 5 del expediente obra un documento correspondiente al certificado individual de defunción extendido en la Clínica Bucaramanga en donde aparece su nombre dando fe del contenido del mismo. En él se indica como causa de la defunción una neumonía bilateral aguda con antecedentes de broncoaspiración. Sírvase decir al Despacho si éste antecedente que culminó con la neumonía a que se refiere este documento, pudo tener como causa algún descuido o una falta de coordinación médica? CONTESTO: "La broncoaspiración es un accidente factible en todo proceso en que se presente vómito cuando el paciente no tiene alerta sus mecanismos de defensa, me explico, cuando conscientemente no puede vomitar y expulsar el contenido gástrico sino que este por reflujo se va hacia las vías aéreas. Esto pudo suceder en estado de coma, de shock o cuando aitrogénicamente se le priva de ese reflejo como es el caso de la anestesia. Son accidentes que ocupan un lugar importante dentro de las estadís-

ticas de riesgo del acto anestésico, especialmente cuando la patología a tratar es de tracto digestivo. Como todo accidente, puede o no suceder, y obviamente hay protocolos que establecen algunos cuidados para evitar que se presente con mayor frecuencia. Los anestesiólogos son quienes tienen a su cargo este tipo de protocolo que incluyen desde la elección de elementos adecuados para la inducción, drogas, la rapidez de la inducción, la posición de la mesa quirúrgica, etc., etc.; estos procedimientos no los supervisa el cirujano quien en la mayoría de los casos, mientras estos se realizan se encuentra preparado para ingresar al quirófano donde espera encontrar al paciente ya listo para ser intervenido". PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho si fue la broncoaspiración la causa fundamental de la neumonía bilateral aguda que derivó en el fallecimiento del paciente? CONTESTO: "Sí". PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho si la broncoaspiración hubiera podido ser controlada o evitada para este caso que estamos analizando? CONTESTO: "Es posible, pero por eso llamamos estas situaciones accidentes anestésicos, no hay institución en la ciudad ni en el país y quizá ni en el mundo que pueda mantener un equipo médico de tal magnitud que al necesitarse un neumólogo endoscopista, se le encuentre en la Sala de Cirugía. La dificultad mayor estribó en conseguir a ese especialista que hubiera podido prestar alguna ayuda en los primeros minutos de haberse presentado el cuadro clínico; pero aunque se hubiese conseguido no se hubiera garantizado un éxito total, dado que el endoscopista solo puede llegar (sic) a la parte superior del árbol respiratorio y no al alvéolo que es el lugar donde se realiza el recambio gaseoso y que es el destruido por las sustancias químicas, especialmente los ácidos presentes en el jugo gástrico". PREGUNTADO. (Folio 305). Dentro de los hechos de la demanda se expresa que al salir Ud. del quirófano–, después de la intervención quirúrgica del doctor Pedraza Ochoa, mostró ante los familiares y amigos del paciente una seguridad absoluta en el resultado exitoso de la intervención practicada y de que en ningún momento fuera a presentarse una complicación que pudiera derivar en la muerte del paciente. Sírvase explicarle al Despacho cómo entiende Ud. este tipo de afirmación? CONTESTO: "Es cierto, había realizado un trabajo profesional a conciencia, utilizando toda la técnica que conozco y he utilizado a través de veintiocho años de ejercicio. El acto operatorio en sí solo consistió en una recección intestinal con anestomosis terminoterminal, procedimiento que los cirujanos que nos mantenemos activos hemos realizado cientos y miles de veces quizás y que a conciencia sabemos que con una buena técnica quirúrgica presentan una escasa morbilidad, sin embargo, el accidente de que hemos venido hablando estaba fuera de mi control y en ese momento al terminar la cirugía, de mi análisis, porque no podía predecir lo que no había sucedido y lo que yo mismo en ningún momento había causado". PREGUNTADO. (Folio 306). Hay algún método científico para evitar la broncoaspiración? CONTESTO: "Se presu-

me que lavando el estómago o desocupándolo se podría evitar la broncoaspiración, sin embargo, se ha visto que pacientes que aún teniendo una sonda nasogástrica como medida profiláctica vomitan y presentan la broncoaspiración, luego no es absoluto que se pueda evitar; como lo dije anteriormente existen protocolos que comprenden múltiples medidas para buscar este objetivo ya que sigue siendo uno de los principales problemas de la inducción".

"La Fiscalía Décima de la Corporación destaca igualmente el fallo proferido por el Tribunal de Etica Médica de Santander, de fecha Abril 24 de 1987 que obra a folio 208 y siguientes, en el cual RESUELVE que no existe mérito para formular cargos por violación de la Etica Médica, a los doctores, RICARDO MANTILLA PAIPILLA Y HUGO CASTELLANOS ESCOBAR.

"De dicho fallo la Fiscalía destaca lo siguiente:

> "El 10 de octubre a las 7 a.m. se encuentra paciente aparentemente tranquilo pero con abdomen tenso y doloroso y aumento de la defensa muscular. Se solicitó turno para operar a las 9 a.m. A esta hora se inició la Cirugía. Se presentó vómito durante la inducción de la anestesia. El Doctor HUGO CASTELLANOS, quien fué el Anestesiólogo dice en su declaración: "Yo recibí al paciente en cirugía para practicarle una laparatomía explorada, pues se sospechaba que este paciente tuviera una apendicitis aguda, al iniciar la anestesia el paciente presentó vómito abundante de contenido líquido y de aspecto como fecaloide". Inmediatamente lo puse en posición de trendelemburg y rápidamente lo aspiré y lo intubé continuando haciendo aspiración del vómito hasta que el paciente estuvo en condición de continuar la anestesia. La anestesia transcurrió normalmente hasta que se terminó la operación, pasé el enfermo a recuperación y como a la hora noté que tenía dificultad respiratoria y entonces lo hice pasar a cuidados intensivos, más o menos como a las doce del día fui a verlo a cuidados intensivos y lo estaba chequeando el Doctor SUS".
>
> "A su vez el Doctor MANTILLA PAIPILLA en su declaración expresa: "Entonces se me informó que a las 9 de la mañana podía operar. A esa hora ingresé a la Sala No. 7 y encontré que ya estaba el paciente inducido para la anestesia y que el Doctor, CASTELLANOS–, anestesiólogo, lo estaba aspirando porque había vomitado en la inducción.
>
> "Inmediatamente insistí en que continuara con el procedimiento y en que se lavara la traquea y bronquios, mientras tanto me preparé para iniciar la intervención y el Anestesista continuó con sus procedimientos usuales en esos casos".

"El Doctor LUIS ERNESTO BALLESTEROS, Ayudante de la Cirugía declara: "El Doctor MANTILLA ordenó al Doctor HUGO CASTELLANOS, que podría iniciar la anestesia del paciente ya que estábamos listos, tan pronto al paciente le pasaron sustancias de inducción anestésica, es decir, Pentotal y Kelisín, el paciente al cual se iba a operar comenzó a vomitar masivamente líquido con olor fecaloide. Se hicieron aspirados rápidos en la cavidad bucal con el fin de evitar la broncoaspiración, tan pronto el paciente dejó de vomitar el Doctor CASTELLANOS autorizó el inicio de la cirugía".

"Se encontró necrosis isquémica en una asa de 30 centímetros del ileon terminal, provocada por vólvulos inducida por brida congénita, se hizo la resección intestinal con anastomosis termino terminal y apendicectomía profiláctica". (Folio 210).

"Cual fué la causa de la muerte de OSCAR PEDRAZA OCHOA? De todos es sabido que la broncoaspiración es una complicación que se presenta con frecuencia en pacientes con vómito en los cuales por cualquier causa se ha perdido o está disminuido el reflejo de tose, como es el caso de la anestesia o la sedación pre o post operatoria.

"En los pacientes con obstrucción del tracto digestivo, esta posibilidad se hace crítica lo que ha hecho que los Anestesiólogos estén siempre a la espectativa del evento, para en lo posible prevenirlo y cuando se presentase esté pronto a tratarlo adecuadamente. Por otro lado se trata de una temible complicación que acarrea alta morbilidad y mortalidad dependiendo de las características del material aspirado.

"2. La conducta inicialmente espectante del Dr. RICARDO MANTILLA pudo contribuír a la defunción del señor OSCAR PEDRAZA OCHOA?

"Antes y para efectos de imputación es necesario analizar las circunstancias que vistas superficialmente podrían determinar una situación antagónica entre la recomendación del Doctor JOSUE HIGUERA PAEZ, de una intervención urgente y la conducta de observación espectante del Doctor RICARDO MANTILLA. (Folio 211).

"El Doctor HIGUERA constató un cuadro de dolor muy intenso, resistente al uso de analgésicos habituales, que fué tratado con fármacos eficaces, y con aspiración y lavado gástrico que surtieron un efecto tan marcado que facilitó su traslado, llegando a la Clíni-

ca de esta ciudad en condiciones tales que no justificaron una intervención inmediata.

"Muy seguramente el proceso de isquemia secundario al vólvulo transcurrió solapadamente para aparecer horas más tarde la respuesta al proceso de gangrena intestinal que evidenció la indicación operatoria y motivó la actitud inmediata del Doctor MANTILLA.

"No es esta una ocurrencia poco frecuente. Un cuadro abdominal puede enmascararse tanto en circunstancias como esa, que obliga a postergar un acto operatorio en espera de su justificación en guarda de una conducta que podría resultar desproporcionada frente a un caso determinado.

"3. Si no tuvo culpa el Doctor RICARDO MANTILLA, la tuvo acaso el Anestesiólogo Doctor HUGO CASTELLANOS?

"El querellante insinúa que el Doctor MANTILLA atribuyó el evento desafortunado al Anestesiólogo, basándose en supuesto reclamo de parte del Doctor MANTILLA, cuando lo que realmente aconteció fue la pregunta y la expresión natural frente a la evolución sorpresiva para el Doctor MANTILLA, quien contaba seguramente con que la complicación se había superado y que el parte optimista trasmitido al final del acto operatorio se transformaba en un parte tremendamente desfavorable. En la valoración de una complicación broncoaspiratoria cuenta un período de incubación que en el presente caso transcurrió durante el proceso anestésico. No bastó la aspiración minuciosa del árbol respiratorio para impedir las secuelas de la agresión del contenido digestivo y las medidas complementarias para evitar el daño irreparable del sistema broncoalveolar. Este daño se manifiesta con período de latencia más o menos corto en las primeras horas". (Folio 212).

"CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"La Sala examinó detenidamente las numerosos pruebas aportadas al proceso y con fundamento en el análisis que de ellas se hizo se determinó lo siguiente:

"Si bien es cierto que no existió autopsia, en el caso del paciente OSCAR PEDRAZA, la secuencia de los hechos permite afirmar que el deceso se produjo como síndrome de broncoaspiración que determinó el cuadro de una neumonitis bilateral con insuficiencia respiratoria y shock irreversible.

"Al mismo tiempo se analiza si la espera para operar influyó en la aparición de la complicación. En el caso que nos ocupa no influyó, puesto que esta no estuvo ligada al progreso de las lesiones anatomo-patológicas y la cirugía practicada pudo hacerse correctamente, no se encontró perforación visceral, no se constató desequilibrio hidroelectrolítico grave, ni compromiso multisistémico, componentes estos si relativos a una demora, así hubiera sido justificada o injustificada. La broncoaspiración solo requiere que haya vómito, que este sea abundante y que el reflejo tusígeno esté disminuído o ausente; por consiguiente la conducta del Doctor MANTILLA no tuvo ninguna influencia en la complicación que desembocó en la defunción del paciente OSCAR PEDRAZA OCHOA.

"Es importante ante este hecho analizar la situación del Doctor HUGO CASTELLANOS, Anestesiólogo de la intervención quirúrgica, quien posiblemente podría ser responsable en el presente caso. La realidad procesal permite determinar que la broncoaspiración se produjo en el momento de la inducción anestésica, constatada por el Anestesiólogo y los cirujanos que actuaron y corroborado por el Doctor SUS, quien fué consultado en el postoperatorio inmediato, ya que el paciente presentaba buenas condiciones cuando llegó a la zona quirúrgica, signos vitales normales, abdómen con defensa, sin vómito durante el período de observación en la Clínica Bucaramanga; que el paciente fue atendido inmediatamente y que no fué consecuencia de un descuido, sino que el Anestesiólogo lo vivió en la inducción y procedió de manera consecuente al efecto nocivo.

"Esta complicación es frecuente en pacientes con oclusión, no obstante las medidas preventivas que se tomen, debido a que el contenido intestinal por efecto de los relajantes, llega en tromba al reservorio gástrico, así este haya sido preparado y no presente signos de distención y no es posible atribuírlo a descuido o ignorancia por parte del Doctor CASTELLANOS.

"No sobra anotar que la sola imputación de la falta o la calificación que de ella se haga, constituye razón suficiente para formularle cargos a los doctores antes enunciados, lo que importa es la apreciación de los hechos los cuales demuestran que en ningún momento los Doctores MANTILLA Y CASTELLANOS, cometieron faltas contra la Etica Médica, ya que procedieron en una forma correcta y fue bien manejado el caso..." (Folio 214).

"Por las anteriores consideraciones, teniendo en cuenta que al paciente Señor Oscar Pedraza Ochoa se le atendió debidamente por parte del Instituto de los Seguros Sociales de Santander, no aparece prueba de la falla del servicio por parte de la entidad demandada. Como lo anota

el *a-quo* con mucho acierto, toda intervención quirúrgica comporta un riesgo que necesariamente debe asumirse. La muerte sobrevino en forma imprevisible. El infortunado deceso del paciente señor Oscar Pedraza Ochoa, no se debió a la intervención quirúrgica ni a falta de atención médica postoperatoria. El accidente sobrevino cuando se produjo la inducción para la anestesia, ya que lo que el paciente en ese momento vomitó era jugo gástrico, ocasionando graves daños en las vías respiratorias y seguramente el deterioro de estas era irreversible.

"Se afirma igualmente por parte del demandante que no hubo un neumólogo para atender al paciente, pero conforme a lo que obra en el expediente, está demostrado que el Doctor Alfredo SUS JAIMES con especialidad en Medicina Interna y sub-especialidad en Nefrología (Folio 446 y Ss) estuvo atento a prestar la colaboración que requería el paciente y a efectuar el diagnóstico correspondiente.

"Se destaca igualmente por parte de esta Fiscalía la succión y el lavado gástrico que desde el mismo hospital de San Andrés le fue practicada, al paciente Sr. Oscar Pedraza Ochoa por lo cual se presume que no tenía material alimenticio en el estómago, y sin embargo ya en la Clínica Bucaramanga al momento de la inducción presentó vómito, emergencia ante la cual el paciente fue atendido, mediante cambio de posición y aspiración del vómito. (Ver fallo del Tribunal de Etica Médica-folio 208 a 215).

"Por último la Fiscalía Décima está igualmente de acuerdo con los planteamientos esbozados por el Tribunal *a-quo* en cuanto a la excepción de falta de legitimidad en la causa, propuesta por el Sr. apoderado de la parte demandada.

"Por lo expuesto anteriormente la Fiscalía Décima solicita a la Sala confirmar el fallo apelado". (Fls. 497 - 509 Cdno. No. 1).

– V –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el *a-quo*, por las razones que más adelante se explicarán.

Frente a la realidad anterior, se impone el estudio previo de las excepciones propuestas por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, las cuales se recogen en el escrito de contestación a la demanda que obra a folios 164 y ss.ss del cuaderno No. 1. Ellas son:

CADUCIDAD DE LA ACCION:

Se hace consistir en la circunstancia de que como el Señor OSCAR PEDRAZA OCHOA falleció el día 10 de octubre de 1986, los dos años de que trata el artículo 136 del C.C.A., vencieron el día 9 de octubre de 1988. Como la demanda se presentó el 10 del mismo mes y año, fenómeno de la caducidad, se afirma, alcanzó a operar.

La Sala no hace suya la anterior perspectiva jurídica, pues el artículo 67 del C. Civil, en su inciso segundo, preceptúa:

> "El primero y último día de un plazo de meses o años deberá tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según el caso".

Al tratar en su obra el tema, el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, enseña:

> "28. Como se computa el término de caducidad.
>
> "El término de caducidad, por estar fijado ordinariamente en meses o en años, deberá computarse según el calendario, tal como lo dan a entender los artículos 62 del código de régimen político y municipal y 121 del C. de P.C. En tal sentido, no podrán descontarse los días de vacancia; pero si el vencimiento del plazo cae en uno de éstos, un día de semana santa o de vacaciones judiciales, por ejemplo, el último día del plazo será el primer día hábil siguiente.
>
> "No debe olvidarse que el primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses (art. 67, inciso 2o., c.c.).". (Derecho Procesal Administrativo. En concordancia con la nueva Constitución 3a. ed. 1992. Señal Editora, pág. 114).

Por las razones que se dejan expuestas, no prospera la excepción de caducidad.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA

La apoderada del centro de imputación jurídica demandado, la sustenta dentro del siguiente perfil:

> "... propongo la EXCEPCION de falta de legitimación en la causa de conformidad con el artículo 144 numeral 3o. y artículos 163 y 164 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto la demanda se dirige contra el Instituto de Seguro Social de Santander, y como fácilmente puede observarse, tanto de la lectura de la misma como de las pruebas

aportadas al proceso, que la acción debió dirigirse contra la Clínica Bucaramanga, quien presta directamente el servicio hospitalario a los servidores nacionales como lo fue el señor PEDRAZA OCHOA, afiliado al ISSS". Más adelante agrega:

"Si bien el causante Oscar Pedraza Ochoa empleado de carácter nacional y afiliado al ISSS, entidad que tiene como función prestar los servicios médicos asistenciales, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, servicios estos que en los casos como el del señor Pedraza Ochoa no son atendidos directamente por esta entidad dada la ausencia de un establecimiento hospitalario que dependa directamente del ISSS, razón por la cual esta clase de servicios se prestan (sic) a través (sic) de una Clínica como lo fue en el presente caso la Clínica Bucaramanga, en cuyo proceso de atención al afiliado solamente intervinieron los doctores Ricardo Mantilla Paipilla y el doctor Josué Higuera Páez como funcionarios dependientes directamente del ISSS, ya que el resto del personal como lo fue el anestesiólogo doctor Hugo Castellanos, instrumentadora y personal auxiliar fue personal vinculado directamente con la Clínica Bucaramanga". (Fl. 164 C. No. 1).

La anterior excepción tampoco tiene vocación de prosperidad, pues la falla del servicio en que incurrió la CLINICA BUCARAMANGA, en el caso en comento, es inseparable de la del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER. La ausencia, defecto o mal funcionamiento de la primera, en la atención del personal afiliado, que le es enviado por éste para atención médica, etc., es su propia falla, y, por lo mismo, debe responder del pago de los perjuicios causados. Una filosofía jurídica distinta desnaturalizaría la responsabilidad administrativa, pues le bastaría a los organismos oficiales contratar los servicios con terceros para exonerarse de sus propios deberes jurídicos, atentando por contera contra la normatividad que regula la jurisdicción y la competencia, todo lo cual no se ajusta ni a la ley ni al derecho.

Dentro de la óptica anterior, la administración tiene la posibilidad de llamar en garantía a la persona natural o jurídica con la cual contrató los servicios, en los términos consagrados en el artículo 57 del C. de P. Civil. Esta vía resulta hoy, clara y conveniente, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran partidarias de que las clínicas y centros médicos de atención al público, respondan directamente de la conducta o actuación de los médicos, cirujanos y personal auxiliar, salvo los casos muy raros de falta personal. En este sentido se puede consultar la obra "LA RESPONSABILITE MEDICALE, Georges Boyer Chammard-Paul MonZein. Presses Universitaires de France. Collection Sup., 1974, pág. 73.

B) En el *sub-lite* quedó bien demostrada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica se han apreciado y valorado los testimonios rendidos

por los doctores JOSUE HIGUERA PAEZ y RICARDO MANTILLA. También la Historia Clínica del paciente, y el fallo proferido por el Tribunal de Etica Médica. Con esto no se quiere significar que no se hayan tenido en cuenta los demás medios probatorios que obran dentro del informativo, a los cuales se hará referencia a lo largo de esta sentencia.

Por lo que hace relación con la realidad fáctica, la Sala encuentra que una síntesis afortunada de la forma como ocurrieron los hechos se hace en el fallo proferido por el Tribunal de Etica Médica, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

"El señor OSCAR PEDRAZA OCHOA de 32 años de edad, afiliado al I.S.S. consultó en San Andrés (Departamento de Santander) al Doctor JOSUE HIGUERA PAEZ el 9 de Octubre de 1986, por presentar dolor abdominal fuerte que no calmaba con el uso de calmantes como Lisalgil y la Buscapina compuesta, siendo necesario acudir a la Mepiridina. Al examen el abdomen es sensible pero no hay Plastron o Blomberg. Se le ordenan exámenes de laboratorio y por falla en el fluido eléctrico no se pueden hacer. Se consigna el diagnóstico de: a) Abdomen Agudo; b) apendicitis; c) parasitismo Intestinal?; d) Gastritis? Se practica lavado gástrico y succión antiespasmódicos. Mepiridina.

"La carencia de energía eléctrica ante la posibilidad de un tratamiento quirúrgico consiguiente, hizo que el Doctor JOSUE HIGUERA optara por aconsejar a los familiares, la conveniencia de remitirlo a Bucaramanga para una mejor atención. Así se hizo en efecto, trayéndolo a la Clínica Bucaramanga, a donde llegaron hacia el comienzo de la tarde.

"En el Servicio de Urgencias fue visto por la Doctora ELSA FRANCO hacia las 2 p.m., quien encontró: un paciente en buenas condiciones generales, con dolor moderado en el hemi-abdomen derecho y lo catalogó como un cuadro de dolor abdominal para estudio con posibilidad de apendicitis. Solicitó evaluación por el Cirujano de Turno del Seguro, Doctor RICARDO MANTILLA y le ordenó que se le practicara Cuadro Hemático y Parcial de Orina. Se hospitalizó con orden de líquidos parenterales, nada por vía oral y orden de valoración por Cirugía. Ingresó a la Clínica y el Doctor MANTILLA lo valoró unas horas más tarde.

"Visto por el Doctor MANTILLA a las 5 y 30 p.m. encontró abdomen difusamente doloroso con defensa voluntaria en el hipogástrico y sin Blomberg, lo que según él no compaginaba con el diagnóstico de apendicitis. Decidió dejarlo en observación, con manejo Médico. La noche que pasió (sic) fué tranquila (sic), según enfermería, sin que el dolor aumentará y sin vómito ni evacuación intestinal.

"El 10 de Octubre a las 7 a.m. se encuentra paciente aparentemente tranquilo pero con abdomen tenso y doloroso y aumento de la defensa muscular. Se solicitó turno para operar a las 9 a.m. A esta hora se inició la Cirugía. Se presentó vómito durante la inducción de la anestesia. El Doctor HUGO CASTELLANOS, quien fue el Anestesiólogo dice en su declaración: "Yo recibí al paciente en cirugía para practicarle una laparatomía exploradora, pues se sospechaba que este paciente tuviera una apendicitis aguda, al iniciar la anestesia el paciente presentó vómito abundante de contenido líquido y de aspecto como fecaloide". "Inmediatamente lo *puse en posición de trendelumburg* y rápidamente lo aspiré y lo *intubé continuando haciendo aspiración del vómito hasta que el paciente estuvo en condición de continuar la anestesia.* La anestesia transcurrió normalmente hasta que se terminó la operación, pasé el enfermo a recuperación y como a la hora noté que tenía dificultad respiratoria y entonces lo hice pasar a cuidados intensivos, más o menos como a las doce del día fui a verlo a cuidados intensivos y lo estaba chequeando el Doctor SUS".

"A su vez el Doctor MANTILLA PAIPILLA en su declaración exprsa: "Entonces se me informó que a las 9 de la mañana podía operar. A esa hora ingresé a la Sala No. 7 y encontré que ya estaba el paciente inducido para la anestesia y que el Doctor CASTELLANOS, anestesiólogo, lo estaba aspirando porque había vomitado en la inducción. Inmediatamente insistí en que continuara con el procedimiento y en que se lavara la traquea y bronquios, mientras tanto me preparé para iniciar la intervención y el Anestesista continuó con sus procedimientos usuales en estos casos".

"El Doctor LUIS ERNESTO BALLESTEROS, Ayudante de la Cirugía declara: "El Doctor MANTILLA ordenó al Doctor HUGO CASTELLANOS, que podría iniciar la anestesia del paciente ya que estábamos listos, tan pronto al paciente le pasaron sustancias de inducción anestésica, es decir Pentotal y Kelisín, el paciente al cual se iba a operar comenzó a vomitar masivamente líquido con olor fecaloide. *Se hicieron aspirados rápidos en la cavidad bucal con el fin de evitar la* broncoaspiración, tan pronto el paciente dejó de vomitar el Doctor CASTELLANOS autorizó el inicio de la cirugía".

"Se encontró necrosis isquémica en un asa de 30 centímetros del ileon terminal, provocada por vólvulos inducida por brida congénita, se hizo laceración intestinal con anastomosis termino terminal y apendicectomía profiláctica.

"A la una de la tarde el Doctor MANTILLA fue advertido por el Anestesiólogo, Dr. CASTELLANOS de que el paciente (sic) presentaba dificultad respiratoria e hipotensión arterial. configurándose un cua-

dro grave de shock e insuficiencia respiratoria condición ésta que ameritó su traslado a la zona de cuidados intensivos para buscar una atención acorde con la evolución de la complicación y se buscó la colaboración de un Neumólogo para optimizar los cuidados fuera del área quirúrgica. Fue llamado el Doctor ALVARO ALFREDO SUS JAIMES, Neumólogo, quién constató el estado extremadamente crítico y pensó que una nueva aspiración a través de broncoscopia podía ser de alguna utilidad. Al respecto el Doctor SUS afirma: "En un paciente que tenía una enfermedad digestiva aguda y que es llevado a cirugía de urgencia con gran cantidad de vómito existe probabilidad de que la broncoaspiración se presente y realmente en el cuadro clínico de este paciente se dieron esas eventualidades". "Como dice la nota de la historia el paciente estaba en muy malas condiciones y su pronóstico era muy malo con pocas probabilidades de recuperación. Se instauró el tratamiento usual en estos casos y se trató de hacerle la broncoscopia que ya dije anteriormente" "Realmente como el cuadro era tan grave el hecho de haber ordenado la broncoscopia se pensó para ayudarle en algo, sin embargo considero que muy poco realmente le hubiera aportado al cuadro clínico que ya tenía establecido el paciente. El paciente estaba en un estado ya casi terminal".

"Se pidió el concurso del Doctor LARA para efectos de dicha broncoscopia pero cuando se disponía a practicársela el paciente fallece". (Fls. 208 - 211 Cdno. No. 1). (Subrayas de la Sala).

El anterior universo fáctico se completa con la declaración rendida por el Dr. JOSUE HIGUERA PAEZ, quien ilustra al sentenciador dentro de la siguiente óptica:

> "... En el año de 1986, por allá en el mes de octubre me fue llevado en las horas de la noche al Hospital con una sintomatología que se caracterizaba por dolor abdominal, náuceas y no más. Yo lo dejé en el hospital esa noche y como no tenía signos de abdomen agudo, sino simplemente de una posible disquinecia gastrointestinal, esa misma noche yo, pensando porque ya lo conocía, en que podría corresponder (sic) esa disquinecia a una colitis, se le quitó toda vía oral, se le aplicaron líquidos parentelares y antiespasmódicos. Por ahí al amanecer, el ayudante de turno me llamó, lo volví a examinar, acusaba más dolor, había algo de distensión abdominal y, entonces ordené succión gástrica y le advertí a la madre o a la hermana, a una de ellas, en todo caso a un familiar, que posiblemente tendría que ser trasladado a Bucaramanga cuando amaneciera porque me parecía que se estaba –estableciendo– un abdómen agudo y que por orden del Seguro Social de Santander, toda cirugía y a un funcionario del Seguro Social tenía que trasla-

darse a Bucaramanga o a Málaga, a no ser que fuera un caso de los que nosotros clasificamos como orgencia de toda urgencia. En este caso podía esperar a llegar a Bucaramanga, pero yo para mayor seguridad de lo que yo estaba diciendo, le ordené unos exámenes de laboratorio que corroboraron en mi diagnóstico de lesión visceral, pues en mi concepto se estaba o sea (sic) había formado un vólvulo. Así paso, ya a las siete de la mañana regresé nuevamente lo volví a mirar y le dije, se va, lo mandé en la ambulancia del Hospital porque era urgente operar. De hecho en Bucaramanga había Rayo X con lo cual se podía hacer diagnóstico diferencial, había mucho más laboratorio, había servicio de ecografía y como uno cree un gran servicio quirúrgico porque en mi concepto podría haber ya una obstrucción intestinal y como toda persona, que sepa de estos menesteres, esto es de tratamiento quirúrgico y si no se practica a su debido tiempo, el paciente entra en peritonitis y ya la intervención se alarga y se puede complicar su pronóstico porque en ocasiones hay que hacer resección intestinal. Mi conducta siempre ha sido esa y por eso me fue muy bien, por eso lo envié con su nota respectiva, con laboratorio, practicamente, si no completamente estudiado, por lo menos para que no hubiera salido del carácter de urgencia de toda urgencia, lo cual exigía la cirugía inmediata. Pues cuando —envío— un paciente, me intereso por él y así fue que durante el día pregunté y me dijeron que no lo habían operado y que el valor que había tenido la nota remisoria o sea la Historia Clínica del enfermo fue el cesto de la basura. Después, según los familiares dizque fue intervenido tardíamente y me parece que el diagnóstico mío, no estaba errado. Yo lamenté este caso porque esto es falta de integración del Servicio del Seguro Social y por qué no falta de ética por ignorancia de los señores médicos que lo atendieron y que dieron muestra de poco conocimiento de la medicina de urgencia. Estos casos se han presentado, se presentan y se seguirán presentando por carencia de responsabilidad, por falta de cariño a la sociedad, por interés monetario y por ser médicos que tienen más puestos que el número de horas que tiene el día". (Fls. 30 vto. y 31 Fte. Cdno. No. 1).

D) De la valoración de los hechos que se dejan descritos la Sala concluye que la OBLIGACION DE MEDIO, que estaba a cargo del Instituto de Seguro Social de Santander, y que éste pretendió cumplir con la atención que se brindó al enfermo en la CLINICA BUCARAMANGA, no se cumplió, por las siguientes razones:

1o.) Porque entre las ocho de la noche del día ocho de octubre de 1986, y las 14:00 horas del día nueve del mismo mes y año, no se le brindó al paciente ninguna atención médica seria y adecuada, no obstante la gravedad de la enfermedad, que se vivenciaba con la sintomatología que tenía. El

Dr. Josué Higuera Páez, quien lo trató inicialmente, se limita a decir que en la primera noche "... se le quitó toda vía oral, se aplicaron líquidos parantelares y antiespasmódicos..." y que al amanecer del día siguiente encontró "ALGO DE DISTENSION ABDOMINAL" habiendo ordenado su traslado a Bucaramanga, pues le parecía que se estaba estableciendo "UN ABDOMEN AGUDO". Pero resulta que el tratamiento con antiespasmódicos, en casos como el presente, no es ni adecuado ni aconsejable. A esta conclusión se llega después de apreciar el informa técnico enviado por la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, en el cual se lee:

> "a. En el manejo de casos de abdomen agudo, mientras el diagnóstico clínico se realiza *NO APLICAR ANESTESICOS A FIN DE NO ALTERAR EL CUADRO CLINICO EN ESTUDIO".* (C 1, fol. 274). (Subrayas de Sala).

De la declaración rendida por la Señora ANA OCHOA DE PEDRAZA, madre del occiso, que la Sala aprecia, por tener fuerza de convicción, y por concordar con otros medios probatorios que obran dentro del proceso, se desprende que en los primeros momentos de atención médica el Dr. HIGUERA PAEZ, se limitó a ordenar que se le aplicara al enfermo una inyección, pero como no mejoraba, y presentaba vómito, mandó otra de morfina, que tampoco lo calmó ni le permitió dormir. Ante esta realidad el galeno se limitó a decir que: "... era imposible que ni porque fuera una excepción, que ni los que sufrían de cáncer, que con la morfina los calmaba...".

De la lectura de la historia clínica también se desprende que el finado fué tratado, inicialmente, con analgésicos convencionales y con morfina. En ella se lee: "El antecedente de dolor cólico intenso que no cedió con analgésicos convencionales, ni con morfina era el dato más importante".

Frente a la realidad que se deja expuesta, se impone concluír que, al haberse alterado el cuadro clínico del enfermo, con la aplicación de anestésicos, se ENMASCARO la enfermedad, con todas las consecuencias médicas que ello comporta.

2o.) No cumplió el demandado con la OBLIGACION DE MEDIO, al disponer el traslado del enfermo, de San Andrés a Bucaramanga, por vía terrestre, sin el acompañamiento de una enfermera, por lo menos, que lo auxiliara en el viaje, no obstante el estado de gravedad que él presentaba. En este momento del discurso se recuerda que el viaje duró cuatro horas, pues se inició a las nueve de la mañana y terminó a la una de la tarde. Pero la falta de atención al paciente se vivencia aún más cuando se valora la circunstancia de que en el Hospital no fue recibido hasta las dos de la tarde, y visto sólo a las cinco y treinta. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste más importancia que la de la propia ley, cabe preguntar: Cumple el deudor de obligación de medio, con su deber

jurídico, dejando al enfermo grave sin atención médica alguna, durante tres horas y media? La respuesta tiene que ser necesariamente negativa. Esta conclusión toma más universo si se tiene en cuenta la circunstancia de que al llegar el paciente a Bucaramanga, no pudo ingresar directamente a la Clínica, pues las puertas de ésta sólo se abrieron hacia la una y media. Dentro de este perfil declaró el Señor HOMERO ANTONIO PEDRAZA OCHOA, hermano del occiso, cuya declaración también valora la Sala, porque es concordante con el resto del universo probatorio que obra dentro del proceso. En lo pertinente de su exposición, dijo: "... Llegamos aquí a Bucaramanga como a la una de la tarde y veníamos con mi mamá Ana Ochoa... *nos cansamos de tocar ahí la puerta de urgencias. En fin como a la una y media, aproximadamente, nos abrieron, lo entramos y lo pasaron a una dependencia, a una cama...*".

La Sala registra, pues, un caso más, de los muchos que a diario se dan en el país, en que el enfermo se siente perdido, frente a una construcción de cemento, ocupada por unos administradores sin raíces humanas, a la cual se ingresa para ser un NUMERO más, pero no UNA PERSONA MAS. Hace falta, en esos centros hospitalarios, más formación y educación, para vivenciar la dignidad de la persona humana, que tiene derecho a morir también en PAZ. La ORTOTANASIA, morir con dignidad, es también un derecho inalienable del hombre.

3o.) No cumplió el demandado con la OBLIGACION DE MEDIO, cuando se procedió a operar al paciente sin la asistencia de un NEUMOLOGO. Aquí se recuerda que el enfermo tuvo vómito masivo, con olor fecaloide, antes de la misma, habiendo sido atendido sólo por el anestesiólogo, quien logró controlar la situación, evitando, en ese momento, la BRONCOASPIRACION. Para la Sala resulta incuestionable que frente a esta situación crítica, se ha debido ordenar lo que sólo mas tarde se hizo, esto es, buscar un profesional especializado para optimizar los cuidados al enfermo, como se lee en el fallo proferido por el Tribunal Médico. En éste se destaca:

> "A la una de la tarde el Doctor Mantilla fue advertido por el Anestesiólogo, Dr. Castellanos, de que el paciente presentaba dificultad respiratoria e hipotensión arterial, configurándose un cuadro grave de shock e insuficiencia respiratoria condición ésta que ameritó su traslado a la zona de cuidados intensivos para buscar una atención acorde con la evolución de la complicación, *Y SE BUSCO LA COLABORACION DE UN NEUMOLOGO PARA OPTIMIZAR LOS CUIDADOS FUERA DEL AREA QUIRURGICA.* Fué llamado el Doctor ALVARO ALFREDO SUS JAIMES, Neumólogo, quien constató el estado extremadamente crítico y pensó que una nueva aspiración a través de broncoscopia podía ser de alguna utilidad. Al respecto el Doctor SUS firma: "En un paciente que tenía una enfermedad digestiva aguda y que es llevado a cirugía de urgencia con gran cantidad de vómito existe probabilidad de

que la broncoaspiración se presente y realmente en el cuadro clínico de este paciente se dieron esas eventualidades". "Como dice la nota de la historia el paciente estaba en muy malas condiciones y su pronóstico era muy malo con pocas probabilidades de recuperación. Se instauró el tratamiento usual en estos casos y se trató de hacerle la broncoscopia que ya dije anteriormente". "Realmente como el cuadro era tan grave el hecho de haber ordenado la broncoscopia se pensó para ayudarle en algo, sin embargo considero que muy poco realmente le hubiera aportado al cuadro clínico que ya tenía establecido el paciente. El paciente estaba en un estado ya casi terminal". (Subrayas de Sala).

La Sala no entra a divagar si el DR. SUS es o no médico neumólogo, o nefrólogo, aunque de la declaración rendida por el Dr. HERNANDO JEREZ RODRIGUEZ, médico salubrista y Ex-Secretario de Salud de Santander, se concluye esto último. Al ser interrogado sobre esta circunstancia particular del caso, dijo:

"PREGUNTADO: En su condición de Ex-secretario de Salud de Santander y consiguientemente Jefe del Servicio Seccional de Salud, sírvase decir si Ud. conoce a un médico de nombre Alvaro Alfredo Sus Jaimes, y en caso afirmativo si sabe a qué especialidad se dedica: CONTESTO: Lo distingo y él se dedica a la nefrología".

Y se afirma lo primero, porque si el citado profesional es NEUMOLOGO, se han debido demandar sus servicios desde el inicio del problema médico, esto es, cuando se presentó el vómito antes de ser operado. Y si no lo es, cabría concluir que en todo momento el paciente careció de la asistencia adecuada para tratar los problemas que se le presentaron con la broncoaspiración.

Del Informe Técnico rendido por el Dr. Fernando Flórez Burgos, Coordinador Unidad especializada de Anestesia, Facultad de Medicina, de la Universidad Nacional, que obra en el C. 1, Fols. 275 y ss.ss., se infiere que el papel del médico neumólogo especialista puede desempeñar, en el manejo de un paciente que ha broncoaspirado, es de gran utilidad en dos aspectos fundamentales: "El primero tiene que ver con los procedimientos endoscopicos pulmonares que realizan para la extracción de cuerpos extraños broncoaspirados y limpieza adecuada de las vías respiratorias cuando esto no ha sido posible por los procedimientos de succión anteriormente mencionados. Y segundo, su ayuda médica es de gran valor en el manejo médico quirúrgicoanestesiológico cuando la situación de broncoaspiración ha determinado alteración o falla de la función ventilatoria del paciente que determina un manejo ventilatorio mecánico prolongado esta situación se dan (sic) con más frecuencia cuando el elemento broncoaspirado es el jugo gástrico...". Así las cosas, y dada la importancia que ese especialista tiene para casos como el que se estudia, resulta inexplicable e incomprensible que no se

hubiesen contratado sus servicios desde el comienzo mismo de la crisis del enfermo. La Sala no hace suya la perspectiva de manejo del caso que hace el Dr. RICARDO MANTILLA PAIPILLA, en el universo de su declaración, cuando al ser preguntado respecto de si la broncoaspiración habría podido ser CONTROLADA o EVITADA, contestó: "Es posible, pero por eso llamamos estas situaciones accidentales anestésicos, no hay institución en la ciudad ni en el país y quizá ni en el mundo que pueda mantener un equipo médico de tal magnitud que al necesitarse un neumólogo endoscopista, se le encuentre en la Sala de Cirugía. La dificultad mayor estribó en conseguir a ese especialista *que hubiera podido prestar alguna ayuda en los primeros minutos de haberse presentado el cuadro clínico, pero aunque se hubiese conseguido no se hubiera garantizado un éxito total, dado que el endoscopista solo puede llegar a la parte superior del árbol respiratorio y no al alvéolo que es el lugar donde se realiza el recambio gaseoso y que es el destruído por las sustancias químicas, especialmente los ácidos presentes en el jugo gástrico...*" (C 1, fol. 304 vto.) Y no la patrocina, porque el sentenciador, en la valoración de la conducta humana, no está exigiendo que las Salas de los Hospitales estén llenas de especialistas, a la espera de que alguien los llame para atender determinada emergencia. No. Esta demanda no se ajustaría a la lógica de lo razonable. Lo que se echa de menos, en el caso *sub-exámine*, es que presentada la novedad, antes de la operación, no se haya hecho nada para llamar al neumólogo, si se quiere, al mismo Dr. SUS, para que cuidara del paciente en la etapa post-operatoria. Si este profesional especializado, como lo depone el Dr. MANTILLA PAIPILLA, podía *"PRESTAR ALGUNA AYUDA"*, esa ayuda se le ha podido brindar al enfermo, no importa que ella no garantizará un EXITO TOTAL. Quién ha dicho o enseñado que la obligación del médico es de RESULTADO? Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se acepta que su deber profesional y jurídico se cumple proporcionando al paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia, para el *ad-quem* la responsabilidad de la administración se da, en el caso en comento, por RETARDO en la prestación del servicio.

Finalmente, no hay prueba alguna, que permita llegar a la conclusión de que en BUCARAMANGA no existen médicos neumólogos, circunstancia frente a la cual era deber del Instituto de Seguro Social de Santander, ordenar el envío del enfermo a un centro asistencial con mejores recursos. Como esta posibilidad no se agotó, la responsabilidad del centro de imputación jurídica demandado aparece clara.

E) La Sala desea dejar muy en claro que al encontrar probada la falla del servicio no está cuestionando el fallo proferido por el Tribunal de Etica Médica, que definió que no había razón suficiente para formularle cargos a los doctores MANTILLA y CASTELLANOS. Aquí no se discute si la operación que hizo el primero, y la anestesia que aplicó el segundo, generaron o no faltas contra la ética médica. Una cosa es ésta, y otra el cumplimiento del

deber jurídico que tenía el Instituto de Seguro Social de Santander de brindar a su afiliado todos los MEDIOS para tratar su enfermedad. Estos últimos, en puridad de verdad, no se dieron con el universo que la enfermedad requería. De ahí su responsabilidad. En sentencia de 12 de marzo de 1992, Expediente No. 6637. Actor: María Alexia Arango, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, la Sala para situación semejante a la presente, dijo:

> "No se trata en este caso de cuestionar el comportamiento de los cirujanos o de la anestesióloga, cuya culpa por no resultar evidente, sirve de fundamento a la defensa de la entidad demandada. Desde luego que las obligaciones en estos casos son de medio y nó de resultado, pero no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (falla del servicio) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico. Dentro del normal desarrollo de las funciones hospitalarias, se encuentra el suministro normal a los pacientes de las drogas, alimentos, atenciones y servicios adecuados para conservar su salud y mantener su integridad y su vida. Consecuencialmente, si se presenta un accidente así sea involuntario, atribuible al establecimiento hospitalario, configurando así la falta del servicio como ocurre en este caso, resulta entonces comprometida su responsabilidad y, por consiguiente, le corresponde o debe asumir la obligación indemnizatoria que aquella le genera".

Es posible, que la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hace el *ad-quem* registre, para los científicos vacíos o lagunas. Pero en situaciones como la presente bien vale la pena recordar las palabras del ex-magistrado Dr. Salamanca: "Dentro de la suficiencia de sus conocimientos técnicos, la sabiduría de los médicos continúa perdida en el misterio". Es posible que para éstos también ocurra lo propio con la de los abogados, y particularmente con la de los encargados de administrar justicia, pero como lo enseña el Profesor Alvaro Pérez Vives, a ello se responde que: "... el juez tiene, como medio de ilustración cuando no posee conocimientos técnicos especiales, el dictámen pericial, que vendría a ilustrarlo sobre si la conducta del demandado se ajustó a aquellos datos y prescripciones de la ciencia, suficientemente divulgados y de obligatorio conocimiento en el respectivo medio científico y social en que actuó el facultativo, y si su conducta, a la luz de dichos conocimientos, fue la que un médico prudente y diligente habría tenido en similares circunstancias.

"Al médico no se le exigen milagros ni imposibles; pero sí está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; *a no intentar aquello que escapa a sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a inter-*

venir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión.

"De consiguiente, el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio; *y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias".* (Teoría General de las Obligaciones. Volúmen III, parte Segunda, Editorial Temis, 1955, págs. 201 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

Dentro del anterior temperamento la Sala ha vivenciado la falla del servicio con apoyo en las declaraciones rendidas por los Doctores JOSUE HIGUERA y RICARDO MANTILLA. También en la Historia Clínica del occiso, y en los informes técnicos que obran dentro del proceso. El cuestionamiento que el Dr. JOSUE HIGUERA hace del Instituto de Seguro Social de Santander, y de los profesionales de la medicina que en la Clínica Bucaramanga atendieron al paciente, queda como motivo de reflexión para todos. En lo sustancial de su deposición él destaca:

> "... me parece que el diagnóstico mío no estaba errado. Yo lamenté este caso porque esto es falta de integración del Servicio del Seguro Social y por qué no, falta de ética por ignorancia de los señores médicos que lo atendieron y que dieron muestra de poco conocimiento de la medicina de urgencia. *Estos casos se han presentado y se seguirán presentando por carencia de responsabilidad, por falta de cariño a la sociedad, por interés monetario y POR SER MEDICOS QUE TIENEN MAS PUESTOS QUE EL NUMERO DE HORAS QUE TIENE EL DIA".* (C 1, Fol. 30 vto. y 31). (Subrayas de Sala).

Si la Sala no valora, en todo su temperamento, el anterior testimonio, es porque dentro del informativo no hay prueba de todas esas circunstancias. Pero él es categórico, firme y valeroso y permite recordar las palabras del maestro Jesús González Pérez, cuando escribe:

> "Es tal la situación de desolación, abandono y angustia del enfermo en los grandes hospitales, que ha llegado a añorarse la situación anterior, aquellos viejos hospitales carentes de las impresionantes conquistas técnicas de hoy, pero en los que se recibían las atenciones de un médico y de unas monjas que tenían conciencia de la verdadera dignidad de persona del paciente. Más vale morir como persona que existir como objeto de experimentación" (La Dignidad de la Persona. Editorial Civitas, pág. 154).

F) *LOS PERJUICIOS.* Dentro del proceso se demostró, en legal forma, que la Señora ANA OCHOA DE PEDRAZA, es la madre del occiso. Igualmente que HOMERO ANTONIO, ANA CECILIA, JAIME ABAD, ELIZABETH, LUDY ESPERANZA, EMMA JUDITH, MARTHA AZUCENA y NANCY TERESA PEDRAZA OCHOA, son sus hermanos legítimos. Como respecto de la primera se presume el afecto, y los segundos lo demostraron con las declaraciones rendidas dentro del informativo por ALFREDO CAMARGO, JOSE NELSON FRANCO y JOSE DEL CARMEN OTERO, se condenará al pago de un mil gramos (1.000) de oro fino en favor de la madre y de quinientos (500) gramos del mismo metal para cada uno de los hermanos, los cuales se deberán pagar con el precio nacional que tenga en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo.

G) El señor OSCAR PEDRAZA OCHOA, al morir, tenía más de treinta y dos (32) años de edad. Esta circunstancia hace que el perjuico material, en la modalidad de lucro cesante, no sea CIERTO, pues en cualquier momento podía formar su propio hogar. Agrégase a lo anterior que la prueba aportada tampoco permite inferir que la ayuda que el occiso daba a su madre fuera permanente, pues existiendo ocho hermanos más, no resulta explicable, a la luz de la lógica de lo razonable, que fuera el finado el único que atendiera el frente familiar. Por ello, se denegará el pago de perjuicios materiales.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de Mayo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar RESUELVE:

A) Declárase que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE SANTANDER, establecimiento público del orden departamental, creado por ordenanza No. 15 de 1938, es administrativamente responsable de la muerte del Señor OSCAR PEDRAZA OCHOA, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron precisadas en los considerandos de este proveído;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena al Instituto de Seguro Social de Santander a pagar a la señora ANA OCHOA DE PEDRAZA (madre) a título de perjuicios morales, un mil (1.000) gramos de oro fino, que se cubrirán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo.

Condénase, igualmente, al Instituto de Seguro Social de Santander, a pagar a HOMERO ANTONIO, ANA CECILIA, JAIME ABAD, ELIZABETH, LUDY ESPERANZA, EMMA JUDITH, MARTHA AZUCENA y NANCY TERESA PEDRAZA OCHOA (hermanos), a título de perjuicios morales, quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno, que se cubrirán en la forma antes dicha.

C) Deniénganse las demás pretensiones de la demanda.

D) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

E) Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias de las respectivas sentencias, con constancias de ejecutoria, con destino al Instituto de Seguro Social de Santander y los demandantes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos. (Art. 115 del C. de P. Civil).

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ACTO CONTRACTUAL/DEMANDA–Interpretación/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

Como la jurisprudencia relacionada con la acción procedente de los actos contractuales y los separables del contrato, traía otras consecuencias procesales, como era la de que las acciones propias de los actos separables se tramitaban por la vía ordinaria y las contractuales por la vía especial (artículos 217 y ss. del C.C.A.), se definió por la misma jurisprudencia, con un criterio amplio de interpretación acudir a la intención del demandante reflejada en los hechos de la demanda para definir cuál era la acción adecuada, dejando de lado la presentación formal que se le hubiera dado, y aún las diferencias de trámite. En otras palabras, se hizo una interpretación finalista en aras de la prevalencia del derecho sustancial.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6705. Contratos. Actor: Teófilo Nabor Sarria García.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de febrero de 1991 dictada por el tribunal administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o.) No prospera la excepción de inepta demanda formulada por la parte demandada.

"2o.) Se declara probada oficiosamente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia se inhibe para decidir de fondo".

En la demanda, presentada el 24 de septiembre de 1988, se pidió:

"PRIMERO.– Que es nula la resolución No. 1519 de 24 de mayo de 1988, de la Gobernación del Departamento del Cauca, por medio de la cual se niega el recurso de reposición presentado por mi mandante doctor Teófilo Nabor Sarria García contra la decisión tomada por la Gobernación del Departamento del Cauca, el 11 de marzo de 1988.

"SEGUNDO.– Condénese al Departamento del Cauca a pagar al actor o a su orden, en la ciudad de Popayán, capital del Departamento del Cauca, la suma de dinero dejada de cancelar a aquel como reajuste de precios del contrato No. Gob. CRC. Birf - 041-OC-87 del 10 de agosto de 1987, celebrado entre el Departamento del Cauca, como entidad contratante y el doctor Teófilo Nabor Sarria como contratista.

"TERCERO.– La suma anterior la reconocerá y pagará el Departamento del Cauca, con los correspondientes intereses bancarios desde el día en que dejaron de efectuarse los pagos hasta que se cancele totalmente la obligación, todo al tenor del artículo 176 y siguientes del código contencioso administrativo".

En ese mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que entre el Departamento del Cauca y el Doctor Teófilo Nabor Sarria G. se celebró el contrato No. 041-OC-87 de 10 de agosto de 1984 para la construcción del edificio para el Instituto de Formación Toribio Maya, de Popayán.

2) Que el valor del contrato sería el resultante de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por los precios estipulados, más el de las obras pagadas por los precios globales, más el valor de las obras extras o adicionales, más el valor de los reajustes.

3) Que para cubrir el mayor valor de los trabajos por aumento de los costos, el Departamento reconocería un reajuste automático sobre los precios, mediante la aplicación de la fórmula establecida en la cláusula 22 del contrato.

4) Que el contratista cumplió estrictamente sus obligaciones, pero no le fueron pagados los reajustes, ya que el Departamento aplicó los índices establecidos por Camacol – Valle para la ciudad de Cali y no los fijados para Popayán por la misma seccional.

Luego de admitida la demanda, la parte actora la corrigió, incluyendo dentro de las pretensiones la de nulidad del acto administrativo contenido en el escrito de 11 de abril de 1988, por medio del cual no se accede a la petición de reajuste.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* decidió en la forma indicada atrás. En su fallo, arguyó:

"Sabido es que debe existir armonía entre los hechos y las pretensiones que se apoyan en los mismos, la causa para pedir explicar el porqué del *petitum*, según enseña el profesor Hernando Morales y precisamente en este aspecto falla la demanda que se estudia porque para que se dé la armonía predicada la acción procedente no era la de restablecimiento del derecho sino la denominada de las controversias contractuales, a través de la cual se solicitara:

"1o.) Declarar el incumplimiento del contrato por parte del Departamento.

"2o.) Como consecuencia reliquidar el acta de ajustes aplicando el índice de precios fijados por Camacol Valle para la ciudad de Popayán.

"3o.) Ordenar el pago de la diferencia que resultara a favor del demandante y determinada en la reliquidación aludida.

"La pretensión así formulada estaría en armonía con la *causa petendi*, que, se insiste, se relaciona con el contenido del contrato mismo. En otras palabras, los hechos planteados en la demanda configuran la acción contractual en los términos anotados.

"De manera que la segunda pretensión formulada por el actor en la demanda como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados no se encuentra en consonancia con los fines de la acción incoada ni con la *causa petendi* pues la prosperidad de dicha pretensión está sujeta no a la declaratoria de nulidad de los actos demandados sino a la declaratoria de incumplimiento del contrato que no fué solicitada en la demanda y sobre la que el Tribunal no puede pronunciarse oficiosamente pues de hacerlo estaría modificando el petitum del actor.

"Finalmente, la sala quiere insistir en que el error radicó no en la circunstancia de que los actos demandados sufrieran el tratamiento de separables o contractuales sino en el hecho de no dirigir la acción contra el contrato mismo para obtener la declaratoria de incumplimiento y demás condenas consecuenciales y en ejercicio de la acción relativa a contratos, hoy denominada de las controversias contractuales, artículo 87 C.C. Administrativo.

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 164 del C.C. Administrativo, inciso segundo, "En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada", la sala advierte que se ha configurado una ineptitud sustantiva de la demanda consistente en la utilización de una acción improcedente, situación que impide un pronunciamiento de fondo sobre la controversia".

Descontenta la parte actora con el fallo, interpuso apelación. Cumplido el trámite correspondiente es oportuno decidir. Para ello se considera:

Para el señor fiscal décimo de la corporación, doctor Fernando Ospina Henao, el fallo en cuestión merece ser confirmado. Así, en su vista de noviembre 19 de 1991 (a folios 229 y siguientes) estima que el actor eligió mal la acción procedente, ya que presentó como de restablecimiento lo que no podía ser sino contractual.

En gracia de discusión el ministerio público anota que, aunque pudiera estudiarse de fondo el asunto, las pretensiones tendrían que denegarse, porque no le asiste la razón a la parte actora, ya que la actuación administrativa al decidir sobre los reajustes acató la voluntad de las partes plasmada en la cláusula vigísima segunda del contrato.

Por su lado, la parte demandante insiste en la prosperidad de sus pretensiones y glosa la ineptitud declarada por el tribunal con base en lo que disponía el artículo 87 del C.C.A. vigente a la sazón y que permitía la impugnación de los actos derivados del contrato mediante la acción contemplada en el artículo 85 ibídem. (a folios 216 y siguientes).

Para la sala la sentencia apelada deberá revocarse porque no se da en el caso *subjudice* una ineptitud sustantiva de la demanda. Se separa así tanto de la decisión de primera instancia como del concepto fiscal emitido en esta segunda oportunidad.

Aunque la demanda presenta algunos desfases de tipo formal, nada impide que se interprete como contentiva de una acción típicamente contractual, en la cual se involucra la impugnación de verdaderos actos administrativos contractuales, imposibles de desvincular del contrato cuestionado.

Quizás la desorientación que se observa en ese escrito se debió, de un lado, a la defectuosa redacción original que traía el artículo 87 del C.C.A., el que trajo implícitamente una distinción, desde el punto de vista de las acciones, entre los actos contractuales y separables que causó más perplejidad que beneficio para los administrados; y de otro, a las interpretaciones doctrinarias iniciales que quisieron ver en toda decisión unilateral de la administración contractual (dictada en cualquiera de las etapas de la opera-

ción contractual) un acto separable y por ende, enjuiciable mediante las acciones propias de los actos administrativos, o sea la de nulidad o la de restablecimiento (artículos 84 y 85 del C.C.A.).

Consciente la jurisprudencia de esos problemas, adoptó el criterio de que sólo cuando el acto administrativo tuviera el carácter de previo, sin que su existencia dependiera de la del contrato, su impugnación no difería de la de los demás actos administrativos; pero que cuando el acto fuera contractual, porque su vida no podía concebirse sin la del contrato mismo, como sucede en el caso *subjudice,* su impugnación tenía por fuerza que hacerse dentro de la controversia contractual.

Pero como esta posición jurisprudencial traía otras consecuencias procesales, como era la de que las acciones propias de los actos separables se tramitaban por la vía ordinaria y las de los contractuales por la vía especial de los arts. 217 y ss. del C.C.A., se definió por la misma jurisprudencia, con un criterio amplio de interpretación, acudir a la intención del demandante reflejada en los hechos de la demanda para definir cuál era la acción adecuada, dejando de lado la presentación formal que se le hubiera dado, y aún las diferencias de trámite anotadas.

En otras palabras, se hizo una interpretación finalista en aras de la prevalencia del derecho sustancial.

Al respecto es bastante ilustrativa la sentencia de esta sala de mayo 16 de 1991 (proceso 5931, ponente doctor Julio César Uribe Acosta, actora Suramericana de Electrificación S. A. Sade S.A.), en la que se hizo un enfoque con criterio similar y pese a que, como en el caso que se estudia, en ese proceso el actor hubiera también intentado en forma expresa la acción de restablecimiento del artículo 85 del C.C.A. contra unos actos inequívocamente contractuales. De ese fallo, en el que se historia la evolución de los actos contractuales (previos o no) y su control por acción, se destaca el siguiente aparte que compendia la doctrina que ahora se reitera:

> "B) La tarea que se impone el sentenciador, en el caso en comento, es la de interpretar la demanda, como se hizo en el caso en antes citado, pues no resulta justo ni razonable que el valor justicia sea sacrificado en homenaje a la forma, máxime cuando todo el entuerto jurídico resulta imputable en buena parte al legislador caótico que se padece y a la jurisprudencia vacilante, que en más de una ocasión no orienta sino que confunde. Se predica lo primero, porque resulta incuestionable que el nuevo C.C.A. al consagrar la figura del ACTO SEPARABLE, no lo definió, dando lugar con ello a toda suerte de interpretaciones encontradas, con el agravante de haber dispuesto, en el inciso final del artículo 87 del C.C.A. que ellos serían controlables". ... POR MEDIO DE LAS OTRAS ACCIONES PREVISTAS EN ESTE CO-

DIGO ...". Dentro de este marco de crítica la jurisprudencia de la Sala ya había recordado que: "a) Desafortunadamente el nuevo estatuto, en forma INCONSULTA E INJURIDICA E INNECESARIA, importó de Francia la noción de los actos separables del contrato, según referencia expresa de los artículos 136, penúltimo inciso y 87 inciso final del actual C.C.A." (Auto Agosto 21 de 1986, en antes citado)".

Despejado el primer aspecto, pasa la sala a estudiar el fondo de la controversia. Atrás se dijo que el señor fiscal en gracia de discusión había sostenido en su concepto de 19 de noviembre de 1991 que la demanda no estaba llamada a prosperar.

Para la sala, borrada la salvedad anotada, le asiste la razón al señor agente del ministerio público cuando expone:

"En efecto. La controversia gira en torno a la interpretación de la Cláusula Vigésima segunda del contrato que contempla un reajuste de los valores por aumento de los costos.

"Ahora bien. La mencionada cláusula estipuló que para cubrir el mayor valor de los trabajos que por aumento de los costos pudiere ocurrir, el Departamento reconocería un reajuste automático que se calcularía mediante la fórmula matemática allí incorporada. Y consignó, además, que "los índices (MD y otros) serán los de la Cámara Colombiana de la Construcción "Camacol" Valle.

"Dentro de esta perspectiva contractual, ni para el momento histórico de la apertura de la licitación (noviembre 10 de 1986), ni para el de la presentación de la propuesta del actor, ni para el de la adjudicación del contrato (junio 7 de 1987) existían índices de precios específicos para la ciudad de Popayán.

"Naturalmente que Camacol Seccional Valle, en el mes de julio de 1987, calculó el índice de reajustes aplicable a la ciudad de Popayán con retroactividad al mes de noviembre de 1986, pero el actor, al firmar el contrato, guardó silencio al respecto, conformándose así a los índices de precios vigentes para la ciudad de Cali.

"Mal puede, entonces, reclamar el actor la aplicación de índices inexistentes para la época en que aceptó el Pliego de Condiciones, ni tratar de imponer a su acomodo la interpretación de la cláusula de reajuste, porque de aceptarse tal pretensión, se rompería el equilibrio económico del contrato".

El asunto, como se ve, es de una gran claridad. Las partes convinieron que los reajustes se hicieran con los índices de Camacol Valle. Fueron éstos

los incluídos en el pliego de condiciones; como fueron también los tenidos en cuenta por el actor al formular la propuesta que salió vencedora en la licitación.

La referencia a esos índices determinados jugó así papel en el ajuste de la voluntad de las partes. Pretender ahora, sin que se haya modificado la cláusula vigésima segunda del contrato, que se apliquen otros, concretamente los indicados para Popayán, que ni siquiera existían cuando se celebró el contrato, no tiene presentación alguna y desconocería la regla de que el contrato es ley para las partes (artículo 1602 del C.C.).

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 28 de febrero de 1991 dictada por el tribunal administrativo del Cauca. En su lugar:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 20 de marzo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NUEVA FORMULACION DE DEMANDA/RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTES

Se les dio a los demandantes que sufrieron la destrucción de sus expedientes durante el incendio del Palacio de Justicia una opción: o reconstruir los expedientes que estaban en trámite o formular nuevamente su demanda. El parágrafo del artículo 1o. del Decreto 3825 de 1985 no dice que el demandante pueda presentar una nueva demanda sino algo diferente, con un alcance también diferente y específico: que puede optar por "la nueva formulación de su demanda". En otras palabras, el demandante en aquel entonces que escogió la segunda opción debió presentar de nuevo la demanda que en su oportunidad había presentado. Semánticamente "la nueva formulación de su demanda" tiene un alcance definido y lo nuevo se refiere a la oportunidad para ejercer la opción de la ley y no para presentar una demanda diferente.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Aunque la jurisprudencia de la corporación ha aceptado que en casos de una indebida acumulación de pretensiones, pueden decidirse las que sean viables y no excluyentes y declararse la inhibición en las que no lo sean, esta posibilidad se da cuando el juzgador no tenga que escoger entre las posibles como sucede en el *subjudice*. Así, pese a que podrían aceptarse como viables la de dominio del subsuelo y la de nulidad y restablecimiento de unos actos administrativos, no podrían manejarse en una misma demanda por tratarse de acciones que tienen trato diferente no sólo en su esencia, formalidades y efectos sino en cuanto a la caducidad misma.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 2858. Actor: Municipio de Tolú-Viejo.

Procede la sala a decidir el proceso de la referencia, iniciado mediante demanda presentada el 29 de abril de 1986 por el municipio de Tolúviejo (Departamento de Sucre) y mediante la cual se pidió:

"I.– Que la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938) proferida por la Sala de Negocios Generales en el proceso que la Nación adelantó contra el Municipio de Toluviejo y Otros, de la que fué Magistrado Ponente el doctor Aníbal Cardozo Gaitán, por la cual se reconoció la propiedad del subsuelo del Municipio de Toluviejo sobre los terrenos que fueron la comprensión del extinguido resguardo indígena de Toluviejo, conserva su plena vigencia y eficacia".

"II.– Que en consecuencia, el Municipio de Toluviejo es propietario, con arreglo a la constitución y leyes colombianas, de los minerales que se hallen comprendidos dentro de los siguientes linderos: "Partiendo de la plaza de Toluviejo, por todo el camino de San Onofre, hasta encontrar en dicho camino el arroyo "MACAJAN", en cuya barranca sur se encuentra el hito No. 1, cuya memoria corresponde a las coordenadas planas x; 1.549.630 y: 850.630, que sustituyó al lindero natural constituido por un árbol "Cativo-mangle" arrazado por un vendaval, de este punto, siguiendo el curso del arroyo "MACAJAN", aguas abajo en distancia de cinco mil novecientos metros (5.900 Mts.) hasta encontrar las bocas de las Yayas en las que se encuentra el hito número dos (2) cuyas coordenadas planas son: x; 1.545.580 y 846.360, de este punto de distancia de tres mil cien metros (3.100 Mts.) a las characas de Bilú donde se encuentra el hito número tres (3) cuyas coordenadas planas son: x: 1.542.980 y: 844.660, de allí en dos mil ochocientos cuarenta metros hasta encontrar un majaguo colorado cuyo letrero lo distingue como punto demarcado y donde se halla el hito número cuatro (4) de coordenadas planas: x: 1.540.980 y: 842.680, de este punto a salir al camino real de Tolú frente al camino llamado del cañaveral en distancia de tres mil cuatrocientos sesenta metros (3.460 Mts.) se encuentra una "Caña de Flecha" allí se inca en mojón número cinco (5) de coordenadas x: 1.537.770 y 841.380; siguiendo siempre la ruta a

la Jagua, por la hacienda antigua de la Vista, en cuatro mil seiscientos veinte metros de distancia, se encuentra el punto nombrado el "ojo de la punta" donde se halla el hito número seis (6) cuyas coordenadas son s: 1.533.260 y: 840.540; de aquí en distancia de tres mil seiscientos metros (3.600 Mts.) haciendo camino al ciruelo de la Sabaneta y a través del barranco la Vija, continuando por este aguas arriba, se encuentra el punto llamado "El Zanjón" donde está el mojón No. siete (7) al que le corresponden como coordenadas x: 1.531.260 y: 843.520 de este punto y tomando dirección para salir al antiguo camino de Sincelejo en siete mil ochocientos metros (7.800 Mts.) se encuentra el arroyo nombrado "Punta de Zuelas" donde está el hito número ocho (8) cuyas coordenadas son x: 1.528.500 y 850.780; de allí en cuatro mil setecientos ochenta metros (4.780 Mts.) hasta encontrar el arroyo antiguamente llamado el "Jobo" hoy Arena en donde se encuentra el hito número nueve (9) con coordenadas x: 1.529.950 y: 855.320; de este buscando ariente al camino de "flor" a seguir al de Corozal, como dos cabuyas más adelante, siguiendo al retiro de Santa Bárbara inmediato a Yumal se encuentra el hito número diez (10) en distancia aproximada a los siete mil seiscientos sesenta metros, este hito tiene como coordenadas x: 1.536.700 y: 858.940; de aqllí (sic) a encontrar en distancia de tres mil (3.000) metros las cruces que forman el camino que va de este lugar para Coloso y el que sigue para Caracol, hito número once (11) de coordenadas x: 1.538.600 y 856.600, de allí en dos mil quinientos cuarenta metros (2.540 Mts.) a encontrar las sierras y cabeceras de "Coraza" donde se planta el hito número doce (12) que tiene como coordenadas x: 1.540.750 y 855.350, de este punto al hito número uno (1) en distancia de diez mil setenta metros (10.070). (Las coordenadas y distancias, así como los hitos están tomados del levantamiento que realizó el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" sobre el terreno y el reconocimiento en él de los linderos consignados en los títulos y que constan en la Plancha Número Cuarenta y Cuatro (44) que se utilizó para el efecto y a la que se acompañó la memoria de las coordenadas planas de cada punto".

"III.– Que en consecuencia, se ordene al Ministerio de Minas y Energía la cancelación de licencias, concesiones, aportes o permisos que haya otorgado para la exploración o explotación de minerales que se encuentren en la zona antes descrita".

"IV.– Que para el caso en que el Ministerio de Minas y Energía haya hecho entrega de zonas superpuestas total o parcialmente al subsuelo propiedad del municipio, se le ordene restituirlas a favor del legítimo propietario".

En la demanda se narraron, según la síntesis hecha por la fiscalía, los siguientes hechos:

"Por acto anterior a 1 873 la Nación se desprendió jurídicamente del dominio de una zona de terrenos en favor de los indígenas de Toluviejo, quienes tenían su asentamiento desde la época precolombina en la zona deslindada y fueron protegidos en 1790 contra el despojo de sus tierras".

"El 24 de noviembre de 1848 el Juzgado de Letras de Lorica aprobó y puso en posesión a los indígenas de Toluviejo, Autos y Sentencia de posesión protocolizados mediante escritura pública No. 15 del 20 de febrero de 1986 de la Notaría de Sincelejo".

"Por sentencia del 30 de septiembre de 1938 la Corte Suprema de Justicia encontró acreditado el hecho del desprendimiento del dominio de la Nación antes de 1873".

"Lo previsto por la Ley 55 de 1905 en su Art. 2o. se perfeccionó por Resoluciones 987 del 21 de mayo de 1907 y 952 del 13 de julio de 1957 de la Gobernación de Bolívar elevados a Escritura Pública No. 76 del 29 de junio de 1907 de la Notaría Unica de Sincelejo y 1069 del 12 de agosto de 1957 de la Notaría 1a. de Cartagena debidamente registradas".

"El Municipio de Toluviejo ejerció actos de señor y dueño respecto del suelo celebrando contratos en 1914 y 1921 y oponiéndose en forma reiterada a los permisos de explotación que sobre los minerales del subsuelo ha otorgado la Nación (proceso 2873 ordinario de minas en el cual se demanda la nulidad de las Resoluciones 339 y 1449 del 9 de marzo y del 3 de septiembre de 1979, dictados respecto de la licencia No. 7409".

"Respecto del contrato celebrado en 1914 la Nación considerándose titular del derecho de dominio del subsuelo solicitó la declaración del derecho y la anulación del contrato, pretensiones denegadas en primera en segunda instancia".

"La sentencia de la Corte Suprema del 30 de septiembre de 1938 que desató la litis, creó una situación jurídica subjetiva que afecta a las partes y en ella se reconoció que el municipio es el dueño del suelo y del subsuelo sin limitar el derecho o determinados minerales".

"La Corte Suprema por medio de peritos reconoció los linderos a los que se refiere la titulación del antiguo resguardo indígena cedido".

"Cales y Cementos de Toluviejo S.A., propuso al Ministerio de Minas la explotación y exploración de un yacimiento de calizas dentro de unos

linderos, propuesta radicada con el número 3632 y admitida por Resolución 2905 del 17 de diciembre de 1971".

"El municipio se opuso porque se superponía al terreno que fue del resguardo indígena.

"Por Resolución No. 3333 del 9 de agosto de 1976 el Ministerio otorgó al Municipio tres meses para alinderar la zona sobre la cual tenía derecho según la Sentencia de la Corte Suprema orden que cumplió el municipio".

"El 13 de abril de 1977 el Ministerio solicitó a la División de Integración Indígena del Ministerio de Gobierno la homologación de los linderos de Instituto Agustín Codazzi.

"El 28 de abril de 1977 el Procurador del Municipio de Toluviejo solicita se establezca si hay superposición sin esperar la respuesta del Ministerio de Gobierno".

"El 21 de mayo el Ministerio de Gobierno responde que no tiene jurisdicción sobre el resguardo".

"El 13 de junio de 1977 el Ministerio acepta la existencia de la superposición alegada en forma total".

"El 5 de julio de 1977 el Municipio pide se rechace la solicitud del proponente".

"Por Resolución 265 del 26 de julio de 1977 el Ministerio de Minas se abstiene de continuar el trámite de la oposición y remite al Municipio al H. Consejo de Estado".

"El Municipio pidió reposición con base en el hecho de la existencia de una sentencia en su favor".

"Por Resolución No. 240 del 6 de febrero de 1978 el Ministerio reafirmó la competencia del Consejo de Estado".

"El Municipio pidió reposición del punto nuevo o sea que el título hubiera perdido validez, argumentación que no fue aceptada por el Ministerio".

"El Municipio procedió a demandar el reconocimiento de la eficacia de su título. Sentencia de la H. Corte Suprema del 30 de septiembre de 1938 ante el Consejo de Estado y fue radicado con el No. 2858 corres-

pondiéndole el conocimiento al Dr. Carlos Betancur Jaramillo. El 16 de abril de 1980 fué admitida la demanda".

"Surtido el trámite de la Ley, el negocio entró al despacho el 27 de Agosto de 1984 y se destruyó en los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985".

La Sociedad Cales y Cementos de Toluviejo se hizo parte en el juicio para oponerse a las peticiones de la demanda".

"El Ministerio de Minas se hizo parte en el juicio para presentar alegato de conclusión".

Tal como se desprende de los hechos, el expediente desapareció en el incendio del palacio de justicia acaecido entre los días 6 y 7 de noviembre de 1985, y cuando el asunto ya estaba en etapa de fallo.

La circunstancia anotada le hizo optar al demandante por presentar nueva demanda, con sujeción al parágrafo del artículo 1o. del decreto 3825 de 1985.

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

Para la señora fiscal tercera de la corporación, doctora Miren de la Lombana de M., la acción está caducada. Y estima también que de no aceptarse esto, en subsidio, deberá proferirse fallo inhibitorio. Para arribar a esa conclusión sostiene en su concepto de febrero 18 de 1991 (a folios 377 y ss.), lo siguiente:

"El Decto. 3825 de 1985 "Por el cual se dictan medidas sobre reconstrucción de procesos contencioso administrativos" tuvo como finalidad en relación con los procesos que cursaban en única instancia en el Consejo de Estado y que desaparecieron con ocasión de los hechos acaecidos el 5 y 6 de noviembre de 1985 que se lograra la expedición de una decisión y para ello estableció dos posibilidades:

a) La reconstrucción de los procesos destruidos mediante la recuperación de las piezas y la continuación del trámite para dictar sentencia sobre el proceso reconstruido".

"b) La presentación de una nueva demanda, es decir, comenzar de nuevo el proceso desde un principio para que la sentencia se dicte sobre la nueva demanda; en este caso la norma precisa que no opera la caducidad de la acción".

"Pero lo que la disposición no contempló, y no podía haberlo hecho, es que se pudiera iniciar un proceso nuevo y distinto al que cursaba en única instancia en el Consejo de Estado, porque tal situación no tenía relación alguna con los sucesos que originaron la destrucción de los expedientes y por lo mismo no podía quedar cobijado, entre otras, por la falta de operancia de la caducidad".

"En el caso en estudio se observa lo siguiente:

"En el informativo obra prueba de que la parte actora presentó inicialmente una demanda con la cual se pretendía la aceptación de una oposición que el Ministerio de Minas y Energía se abstuvo de seguir tramitando por considerar que no era de su competencia el hacerlo y que en consecuencia se rechazara la solicitud de licencia No. 3632. Este hecho alegado tanto por Tolcementos que acompaña fotocopia simple de la demanda inicial, como por el Ministerio de Minas no es negado sino explicado por la parte actora".

"El expediente contentivo del juicio se quemó en los hechos de los días 5 y 6 de noviembre de 1985".

"Con base en el parágrafo del Art. 1o. del Decreto 3825 la parte actora decidió presentar una nueva demanda con el fin totalmente distinto: Solicitar que se declare que una Sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia conserva su eficacia y validez por lo cual el Municipio de Toluviejo es dueño de los terrenos que fueran de los resguardos de los indígenas de Toluviejo cuyos linderos relaciona, y que se ordena al Ministerio de Minas y Energía la cancelación de licencias concesiones, aportes o permisos que haya otorgado para la explotación de los minerales que se encuentren en tal zona y, si se hubiere hecho entrega de áreas superpuestas, en forma total o parcial al subsuelo, propiedad del municipio, se ordene restituirlas a su legítimo propietario.

"Como se ve a primera vista en la primera demanda se solicita la definición de un problema procesal: La oposición no tramitada. En la segunda se pide la definición sobre un problema de fondo: La propiedad del subsuelo".

"Para la Fiscalía no cabe duda de que se está aprovechando el Decreto 3825 de 1985 para incoar una nueva acción que estaría caducada".

"En efecto, la ley 20 de 1969 establece en el Art. 11 que cualquier interesado puede ejercitar las acciones pertinentes ante el H. Consejo de Estado, dentro del año siguiente a la entrega material de la zona respectiva vencido el cual prescribe todo derecho".

"La entrega material de la zona fue efectuada el 13 de noviembre de 1979, por lo cual la acción incoada estaría caducada con anterioridad a la ocurrencia de los hechos de los días 5 y 6 de noviembre de 1985, y así debe declararse. (Ver fl. 145, C. No. 4)".

"Así las cosas se hace innecesario examinar los defectos de que adolece la demanda que muestran que carece de los presupuestos de demanda en forma lo que constituye ineptitud sustantiva de la demanda, y, por lo mismo, daría lugar a un fallo inhibitorio".

Por su lado, la nación mediante apoderado solicita que se denieguen las súplicas de la demanda, no sólo porque se operó el fenómeno de la caducidad, sino porque el municipio demandante cambió las pretensiones de la demanda inicial, por fuera de lo que permitía el decreto 3825 de 1985 (ver escrito a folios 373 y ss.).

El municipio demandante insiste en la prosperidad de su demanda, con apoyo en las pruebas que obran dentro del expediente (a folios 351 y ss.).

Historiado lo anterior, considera la sala que se deben estudiar en primer término los dos puntos básicos que presentó la fiscalía, a modo de excepciones, porque de ser atendibles no dejarían margen para analizar el fondo de la acción propuesta. Son ellos la caducidad y la ineptitud sustantiva de la demanda.

Para la señora fiscal, la entidad demandante al ejercer erróneamente la opción que le brindaba el artículo 1o. del Decreto 3825 de 1985 en su parágrafo (reconstrucción o nueva formulación de su demanda), desconoció los términos de la ley, ya que la disposición no contempló ni podía contemplar "que se pudiera iniciar un proceso nuevo y distinto al que cursaba en única instancia en el Consejo de Estado, porque tal situación no tenía relación alguna con los sucesos que originaron la destrucción de los expedientes y por lo mismo no podía quedar cobijado, entre otros, por la falta de operancia de la caducidad".

Para la sala, le asiste la razón a la fiscalía y sus razones corresponden a la correcta interpretación que debe dársele al parágrafo del artículo 1o. del decreto 3825 de 1985, que a la letra dice:

"PARAGRAFO. No obstante, el demandante, en los procesos a que se refiere este artículo, podrá optar entre la reconstrucción *y la nueva formulación de su demanda.* Si opta por esto último, deberá presentar la demanda antes del 30 de abril de 1986 acompañando la prueba de que la había formulado antes del 6 de noviembre de 1985 y de su destrucción o pérdida; en este caso no operará la caducidad de la acción".

Como se desprende del texto transcrito, se le dio a los demandantes que sufrieron la destrucción de sus expedientes durante el incendio del Palacio de Justicia una opción: o reconstruir los expedientes que estaban en trámite o formular nuevamente su demanda.

La razón de esta opción era obvia. Si el demandante tenía en su poder copias de las distintas piezas del expediente (demanda, contestación, pruebas practicadas, alegatos) lo más práctico para él resultaba escoger la vía de la reconstrucción para una vez lograda ésta esperar la culminación del trámite. Pero, si en cambio no poseía copias de las distintas piezas o las que tenía en su poder eran insuficientes, lo más conveniente venía a ser la presentación nuevamente de su demanda, para gozar el trámite completo con todas sus posibilidades probatorias y de alegación.

La primera opción no tuvo mayores reparos. Pero la segunda, para evitar equívocos, se redactó con especial cuidado, para que no fuera interpretada como que el demandante podía cambiar sustancialmente su demanda y aún instaurar una acción diferente a la inicial.

Por eso en el parágrafo no dice que el demandante puede presentar una nueva demanda sino algo diferente, con un alcance también diferente y específico: que puede optar por *"la nueva formulación de su demanda"*.

En otras palabras, el demandante en aquel entonces que escogió la segunda opción debió presentar de nuevo la demanda que en su oportunidad había presentado.

Tan cierta es esta interpretación que para este mismo evento se dispuso que no operaría caducidad de la acción. Si se hubiera podido cambiar la demanda y con ella se hubiera formulado una acción diferente, no habría podido hacerse la excepción correspondiente a la caducidad. Esta excepción también cae dentro de la lógica de lo razonable. Si el proceso correspondiente a la primera demanda estaba en curso cuando desapareció era porque el juzgador había considerado su presentación como oportuna desde aquel entonces; y no tenía presentación tampoco que al reconstruirse el proceso o al ejercerse la opción de la nueva formulación de la demanda tuviera que volverse a decidir sobre la caducidad de la acción, extremo ya estudiado, como se dijo, para su admisión dentro del primer proceso.

Semánticamente *"la nueva formulación de su demanda"* tiene un alcance definido y lo nuevo se refiere a la oportunidad para ejercer la opción de la ley y no para presentar una demanda diferente.

Lo dicho se corrobora fácilmente con la comparación del *petitum* de la demanda de 29 de abril de 1986 con el formulario en la primera, que obra a folios 88 y ss. y que se presentó a principios de 1980.

Mientras en aquella demanda se solicitó, en síntesis: a) Que se declare que la sentencia de 30 de septiembre de 1938 de la Corte Suprema conserva su vigencia y eficacia; b) que como consecuencia el municipio de Toluviejo es dueño de los minerales que se hallan comprendidos dentro de los linderos que allí se señalan; c) que asímismo se ordene al Ministerio de Minas que cancele las licencias, concesiones, aportes o permisos que haya otorgado para la explotación y exploración de minerales en la misma zona; y d) ordene la restitución de las zonas superpuestas en la propiedad del municipio, en la demanda inicial se pidió a) "Que se declare fundada la presente oposición; y b) Que, en consecuencia, se ordene al Ministerio de Minas y Energía rechazar la solicitud de licencia No. 3632.

Como se observa, mientras en la demanda inicial se hace oposición a la solicitud de licencia de exploración de yacimientos minerales radicada en el Ministerio de Minas con el No. 3632 a favor de Tolcemento, en la que dió origen a este proceso, fundamentalmente se pide la declaración del dominio del subsuelo y la nulidad de unos actos administrativos sin identificar. Además, mientras la demanda original puede calificarse como de nulidad y restablecimiento (de plena jurisdicción en aquel entonces), la segunda, que presenta una indebida acumulación de pretensiones, muestra una acción de dominio del subsuelo que puede calificarse como de reclamación directa y una de nulidad y restablecimiento de unos actos dictados por el Ministerio de Minas.

De lo expuesto se infiere que la decisión tendrá que ser inhibitoria porque el demandante, al presentar una demanda diferente, desconoció el mandato contenido en el parágrafo del artículo 1o., del decreto 3825 de 1985 que sólo le permitía la formulación de nuevo de la demanda inicial.

Pero aún aceptando que se hubiera ejercido la opción correctamente, la decisión también tendría que ser historia, ya que la demanda de 29 de abril de 1986 (la segunda) presenta una ineptitud manifiesta por indebida acumulación de pretensiones.

A este respecto, se anota: la primera pretensión (que se declare válida y eficaz la sentencia de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1938) es francamente improcedente. Esta clase de declaración no es válida. La decisión judicial vale *per se*, ella tiene su fuerza ejecutoria en sí misma y no requiere que otro juez se la otorgue.

La pretensión segunda está orientada a que se declare el dominio del subsuelo a favor de Toluviejo. Es una acción de dominio de un bien público, de reclamación directa.

En este sentido podría tomarse la primera como inocua o no escrita o como lo que en el fondo se quiere: que se reconozca que esa sentencia es el fundamento de la segunda pretensión.

La tercera pretensión, que no puede ser consecuencial de las anteriores porque tiene su propia fisonomía, conforma o tipifica una acción de nulidad y restablecimiento. Solicitar en ella la cancelación de unas licencias, concesiones, permisos o aportes, no significa otra cosa que pedir la nulidad de unos actos administrativos con efectos de restablecimiento; pero con el defecto inicial, protuberante e impediente de que ni siquiera se identifican dichos actos ni sus beneficiarios.

Estos defectos de individualización de los actos y de sus sujetos conformarían una evidente falta de demanda en forma.

La cuarta pretensión, busca que se restituyan las zonas superpuestas que haya entregado el Ministerio. La vaguedad y la imprecisión de esta petición impresiona. Cuáles zonas? Mediante qué actos se hizo esa superposición y en qué fechas? Quiénes fueron las personas favorecidas con los actos que permitieron esa superposición.

Aunque la jurisprudencia de la corporación ha aceptado que en casos de una indebida acumulación de pretensiones, pueden decidirse las que sean viables y no excluyentes y declararse la inhibición en las que no lo sean, esta posibilidad se da cuando el juzgador no tenga que escoger entre las posibles, como sucede en el caso *subjudice*. Así, pese a que podrían aceptarse como viables la de dominio del subsuelo y la de nulidad y restablecimiento de unos actos administrativos, no podrían manejarse en una misma demanda por tratarse de acciones que tienen trato diferente no sólo en su esencia, formalidades y efectos sino en cuanto a la caducidad misma.

Finalmente, se anota:

Esta sala ha tratado siempre de evitar las decisiones inhibitorias, porque ha sido consciente de la primacía del derecho sustancial sobre el formal. Por esto trató de interpretar las demandas con la mayor amplitud. Pero encontró obstáculos insalvables, ligados con la garantía del debido proceso. En primer lugar, desconoció el actor el mandato del parágrafo del artículo 1o., del decreto 3825 de 1985 al presentar una demanda diferente, ejerciendo una acción distinta a la inicialmente formulada. En segundo, acumuló indebidamente unas pretensiones de reclamación directa (la del dominio) con otras de nulidad y restablecimiento. En tercero, no identificó los actos impugnados cuya "cancelación pretende y menos los titulares de los mismos, con lo que, de entrada, no se sabría a quién citar como parte demandada. En cuarto, porque las dos pretensiones principales no pueden tramitarse en una sola demanda ya que corresponden a acciones distintas y excluyentes.

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

FALLA:

Declárase inhibido para fallar de fondo por las razones expuestas en la motivación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de fecha 26 de marzo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/LEGITIMACION POR ACTIVA/SUCESION/HEREDERO

La falta de legitimación en la causa por activa produce, según unos, denegación de las pretensiones y según otros, una decisión inhibitoria. Aunque quien redacta esta providencia comparte la segunda solución, reconoce que la solución mayoritaria de la Sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aboga por la primera. Las pruebas que obran en el expediente acreditaron el carácter de heredero que ostenta el actor y no de dueño singular del predio, y ni siquiera legalmente de condueño.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5986.– Incora. Actor: Guido Quintana Orozco.

Procede la sala a decidir el presente proceso.

Mediante demanda presentada el 31 de octubre de 1989 el señor Guido Quintana Orozco, mediante apoderado idóneo solicita:

"2.1. REVISASE la declaración administrativa de extinción del dominio de propiedad de parte del predio rural denominado "SAN RAFAEL", antes "ALTO DEL SALADO" situado en el municipio de Cajibío, Departamento del Cauca, proceso que culminó con las Resoluciones No. 05741 DE LA GERENCIA GENERAL DEL INSTITUTO

COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA – INCORA – y No. 068 de LA JUNTA DIRECTIVA de la citada entidad, de fecha 4 de septiembre de 1989, debidamente ejecutoriada.

"2.2. Como consecuencia de la declaración precedente:

"2.1. Son nulas, parcialmente, las Resoluciones Nos. 05741 de la GERENCIA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA – INCORA – y No. 068 de la JUNTA DIRECTIVA del mismo Instituto proferidas el día 4 de septiembre de 1989, en cuanto hacen relación al ARTICULO PRIMERO de la Resolución No. 05741, del siguiente tenor:

"Con la excepción consagrada en el Artículo Segundo de esta providencia, declarar que se ha extinguido a favor de la Nación, el derecho de dominio privado y demás derechos reales accesorios de ... CARMEN EMILIA QUINTANA MOSQUERA, PEDRO A. QUINTANA MOSQUERA ... así como de sus causahabientes a título universal o singular o de cualesquiera otras personas naturales o jurídicas, sobre una parte del predio rural denominado SAN RAFAEL antes ALTO DEL SALADO, ubicado en jurisdicción del municipio de Cajibío, departamento del Cauca, con una extensión aproximada de 210-250 Has. comprendido dentro de los siguientes linderos generales que se toman del certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Poapyán el 9 de marzo de 1989, correspondiente al folio de Matrícula Inmobiliaria número 120-0016221 así: "

. . . . . .

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

1) Que el día 18 de enero de 1984 el Incora practicó visita previa al predio "San Rafael" o "El Alto del Salado", situado en el municipio de Cajibío (Cauca) y concluyó que no estaba explotado de conformidad con la ley 200 de 1936 y dispuso iniciar las diligencias para la extinción del derecho de dominio.

2) Que el 16 de febrero de 1988 se realizó por el Instituto la diligencia de alindación de zonas de "San Rafael". De esa diligencia se destacan los puntos 2.1., 2.2., 2.3., 2.4..

3) Que por petición del doctor Quintana la gerencia general del Instituto ordenó la ampliación de esa diligencia, para que se interrogara a los ocupantes.

4) Que en esa misma providencia se desconoció cualquier derecho en relación con el predio "a EDUARDO ZUÑIGA, SIMON CAMAYO, FELISA

ANDRADE DE CHATE, MARGARITA SANCHEZ, RODOLFO ZAMBRANO, VICTORIANO CAMAYO, ABRAHAM CAMAYO, TELESFORO USSA, RAMIRO GRUESO, EZEQUIEL ZAMBRANO, JUAN GUTIERREZ, DELFINA ZAMBRANO Y ERNESTINA ANDRADE, por haberse demostrado respecto de ellos, vínculos de dependencia con el doctor GUIDO QUINTANA, heredero de copropietarios del predio. Tampoco se les reconoció derecho alguno en el predio, a OSCAR CAMAYO, AMELIA VALENCIA, JESUS ABEL VALENCIA, CRISTOBAL VICTORIA, FLOR VALENCIA". ... por haberse demostrado que son responsables de perturbación de posesión de poseedores de derechos reales ...".

5) Que en cumplimiento de la orden de la gerencia, en diligencia practicada el 15 de septiembre de 1988 se oyó en declaración a 39 ocupantes, cuando sólo debía oírse a 22 (ver auto de mayo 24 del mismo año).

6) Que cumplida la actuación administrativa, el Incora dictó la resolución 05741, circunscribiendo la extinción del derecho de dominio aparte del predio "San Rafael"; 73.847.4 hectáreas, incluídas, sin delimitación dentro de las 210.3250 Has. del globo total.

7) Que la resolución 05741 de 1989 fue notificada al apoderado del doctor Quintana el 2 de octubre de 1989.

En la demanda se citan como normas infringidas, las siguientes:

> "El artículo 30 de la Constitución Política, en relación con: 1.– Artículos 1o., incisos 1 y 2 de la Ley 200 de 1936 y 1o. del Decreto Reglamentario 1577 de 1974. 2.– Artículos 1o., inciso 3 de la Ley 200 de 1936 y 5o., literales a) y b), del Decreto 1577 de 1974. 3.– Artículo 6o. de la Ley 200 de 1936 y 1o. del Decreto 1577 de 1974".

Durante la instancia, presentó su concepto el ministerio público. Así, el señor fiscal décimo de la corporación, en su escrito de 8 de agosto de 1991 (a folios 199 y siguientes) opina que deben denegarse las súplicas de la demanda, "en la medida en que el actor no desvirtuó la legalidad de los actos administrativos acusados". Anota el mismo funcionario que el actor dejó precluir los términos que tenía para probar la explotación económica del predio y no aprovechó la oportunidad que le brindaba este proceso para dicho efecto, estando como estaba a su cargo la carga de la prueba conforme al artículo 24 de la ley 135 de 1961.

También arguye que si bien es cierto el artículo 30 de la constitución (se refiere a la anterior) garantiza el derecho de propiedad, no es menos cierto que por motivos que importen a la comunidad, tal derecho debe ceder al interés público.

Para el señor fiscal, además, los titulares del derecho dejaron inexplotado el predio por más de tres años y tampoco lograron demostrar la explotación económica antes de que se presentaran los hechos que alegan impidieron esa explotación.

Hecha la narración que precede, pasa la sala a decidir. Para ello, se considera:

La demanda no está llamada a prosperar. En efecto, estudiado el alcance del *petitum* encuentra la sala que el actor, doctor Guido Quintana Orozco, pide para sí, con olvido de que ha debido hacerlo para las sucesiones del señor Pedro Alcántara Quintana Mosquera (proceso que aún no se ha iniciado) y de la señora Carmen Emilia Quintana M.; cuyo proceso cursa en el juzgado segundo civil de Popayán.

Se corrobora la afirmación de que el doctor Quintana pide a nombre propio, con la lectura del memorial poder que obra a folio 1 del expediente y en el que se otorga "para que a mi nombre y contra el Instituto de la Reforma Agraria – Incora – impetre el proceso de revisión" ... Además, del texto de la demanda se infiere, en forma que no deja margen a dudas, que el Doctor Quintana no pide ni para la sucesión ni para una posible comunidad en el predio San Rafael, objeto de la extinción por el Incora. Al señalar las partes y sus representantes se lee: "1.1 Parte actora: El doctor Guido Quintana Orozco, identificado .....

"El derecho de acción lo deriva de sus calidades de heredero universal"

.....

Con estos requisitos y tal como ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia de la sala y la doctrina nacional, se configura la falta de legitimación en causa por activa que produce, según unos, denegación de las pretensiones y según otros, una decisión inhibitoria. Aunque quien redacta esta providencia comparte la segunda solución, reconoce que la solución mayoritaria de la sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema, aboga por la primera.

Frente a la falta de legitimación anotada, observa el profesor Morales M.:

> "Los herederos en general y cada heredero en particular comparecen al proceso PARA LA SUCESION, y si los bienes o derechos son objeto de demanda debe demandarse a todos los herederos conocidos, EN CAMBIO UNO SOLO DE ELLOS PUEDE DEMANDAR, PERO DEBE PEDIR PARA LA SUCESION ..." (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Novena Edición. Editorial A.B.C. 1985, pág. 219) Subrayas de la sala)".

Y la jurisprudencia de la sala también ha sido reiterada a ese respecto. Pueden consultarse así los fallos de agosto 2 de 1990 (proceso 5354 Actor: J. Resurrección Ovalle) y marzo 7 de 1991 (proceso 6020 actor: Lucelly Rodríguez de M.) de las cuales fué ponente el señor Consejero Julio César Uribe A. De aquél fallo se destaca el siguiente aparte, el que, *mutatis mutandis,* sirve de apoyo a esta decisión.

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

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

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

dencia Tomo III, No. 574) (Curso de Derecho Procesal Civil Parte General. Novena Edición. Doctor Hernando Morales Molina págs. 223 y ss.) (Subrayas de la sala).

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

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

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

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

"Finalmente, el Consejo de Estado, en sentencia de Marzo 3 de 1988, Expediente No. 5087, Actor: Venancio Cardona Castaño, Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango, dijo:

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

Lo expuesto es suficiente para respaldar la decisión que aquí se tomará, máxime cuando las pruebas que obran en el expediente acreditaron el carácter de heredero que ostenta el Doctor Quintana O. y no de dueño singular del predio San Rafael, y ni siquiera legalmente de condueño.

Así, el acervo probatorio deja ver que la alegada comunidad mencionada en la demanda misma y en otras piezas del proceso es de hecho, y que los derechos de los sedicentes comuneros son herenciales en las sucesiones del Doctor Pedro Alcántara Quintana M. y Carmen Emilia Quintana M.

Finalmente, anota la sala:

De haberse podido estudiar de fondo el presente asunto, la demanda no habría podido prosperar porque, tal como lo afirma razonadamente el señor fiscal colaborador en su vista (a folios 109 y siguientes), la parte actora no desvirtuó ni la legalidad de los actos administrativos impugnados ni la presunción de veracidad que los amparaba. Tampoco aprovechó las oportunidades que tuvo para probar la explotación económica del predio, en el lapso de tres años anterior a la diligencia de alindación de zonas realizada el 16 de febrero de 1988; fecha a partir de la cual debían contarse hacia atrás los tres años de inexplotación requeridos para la declaratoria de extinción del dominio.

Aunque existen pruebas de ciertos actos de perturbación, no se estableció que éstos tuvieran relación con la zona extinguida, en parte cubierta de rastrojos, el resto explotado por ocupantes no vinculados a los actos de perturbación ni a los procesos policivos y penales.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda, por falta de legitimación en la causa de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO/HECHO DEL PRINCIPE

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

PLIEGO DE CONDICIONES

Como acto administrativo que es, su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad. En el sub lite, la cláusula contractual (impuestos y derechos) modificó ilegalmente el pliego de condiciones en dicho extremo y no obliga a la contratista.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6353.– Contratos.– Actor: Ceat General de Colombia S. A.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 22 de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que aparecen concebidas en los siguientes términos:

"1. Que se condene a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a Ceat General de Colombia S. A. la suma de $17.580.303.40, que es el mayor valor que tuvo que pagar la demandante por concepto del impuesto establecido en el artículo 9o. Ley 50/84 y de IVA por la importación de materias primas con destino al cumplimiento del pedido SCN-425-E celebrado entre las mismas partes.

"2. Que en la sentencia se ajuste la suma a que fueren condenadas las Empresas, tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor".

En la demanda se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que entre las Empresas Públicas de Medellín y la sociedad Ceat General de Colombia S. A. se celebró el contrato SCN 425-E para el diseño, fabricación y entrega de cables monopolares de cobre de 350 y 750 KC mil, 15 KV; contrato que se adicionó luego (convenio No. 1/85).

2) Que durante la ejecución se planteó el hecho de la exención, de los derechos de importación.

3) Que la demandante en comunicación de 16 de abril de 1984 dirigida a la entidad pública, manifestó que la propuesta la hizo en consideración a que la importación de la materia prima estaría exenta de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y Consular y que en caso de que hubiera que pagarlos serían de cuenta de las Empresas.

4) Que la adjudicación se hizo a sabiendas de esta situación.

5) Que con posterioridad a la celebración del contrato la ley 50 de 1984, que empezó a regir el 1o. de enero de 1985, estableció un impuesto equivalente al 8% del valor CIF de todas las importaciones, en los términos y con las exenciones indicadas en su artículo 9o.

6) Que la expedición de la ley constituyó un hecho imprevisible e irresistible para las partes (el hecho del príncipe) que implicó que la importación de la materia prima resultara gravada con la suma de $17.580.303.40; y que rompió el equilibrio financiero del contrato al disminuir la utilidad prevista por la demandante con la ejecución del contrato.

7) Que la demandante solicitó el reconocimiento de los derechos que había pagado y la entidad se pronunció negativamente aduciendo que dicho reconocimiento sería válido "si se estableciere que el impuesto del 8% creado por la ley 50/84 corresponde a alguno de los siguientes conceptos: derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y Consular". Esto debido a que esos conceptos son los citados expresamente en la propuesta y que deberán ser pagados por Empresas, en el caso de que variara la condición de exención que se tenía en la fecha de ella".

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en los términos anotados al principio de esta motivación. Para tomar su decisión, luego de precisar los alcances de la teoría del hecho del príncipe, consideró que ella no era aplicable en el caso subjudice. Así, arguyó:

"8. En el caso a estudio no puede hablarse de *hecho del príncipe* (como se plantea en la demanda, f. 4), porque el impuesto no fue establecido por la entidad contratante, sino por el Congreso Nacional.

"9. Además, no era algo imprevisible, como también se afirma allí (f. 3 y 4):

9.1 Por considerar que el país se encontraba en grave crisis fiscal (entre otras razones), el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Económica por el término de 50 días, mediante decreto No. 3742, de diciembre 23 de 1982 y procedió a dictar varios decretos tendientes a modificar el régimen tributario (artículo 122 de la C.N.).

"La Corte Suprema de Justicia – modificando radicalmente su posición anterior –, declaró inexequibles los Decretos, en aplicación del principio de la participación popular para el establecimiento o aumento de los impuestos, artículo 43 de la C.N.: que sólo podría el Gobierno decretar ciertos impuestos, pero con carácter excepcional, restrictivo, específico, concreto, que correspondan a situaciones sobrevinientes de crisis económica o fiscal y que se hallen destinados exclusivamente a conjurarlas o a impedir la extensión, pero sin ir más allá de la atribución extraordinaria prevista en el artículo 76-14 de la C.N. para el mismo congreso (fallo de febrero 23 de 1983, reiterado en posteriores oportunidades):

"*Era previsible* que el Gobierno recurriera al congreso para procurar la expedición de leyes encaminadas al fortalecimiento fiscal de la Nación y de las entidades territoriales, como ocurrió con las leyes 9 y 14 de 1983 y 50 de 1984.

"9.2 *Pero no sólo era previsible, sino que se previó expresamente,* tanto en el pliego de condiciones y especificaciones (folio 40, página 3.6), como en el contrato (f. 18), que EL CONTRATISTA pagaría todos los impuestos y derechos que con base o en razón del contrato" ... llegue a cobrar el Gobierno Colombiano, sin que pueda exigir a LAS EMPRESAS compensación diferente al pago de los precios pactados ..." y la sociedad, en su propuesta manifestó: "Estamos enterados y aceptamos".

Además, se basó el *a-quo* en la cláusula "Impuestos y Derechos" del contrato en cuestión, para afirmar la no responsabilidad del ente demandado.

Descontenta la parte actora, apeló.

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

Para el señor fiscal décimo de la corporación la sentencia merece ser revocada. En apoyo de su opinión de 5 de junio de 1991 (a folios 186 y siguientes) estima que "dada la imprevisibilidad del impuesto creado por la Ley 50 de 1984, la descompensación del equilibrio financiero generada por el gravamen y el correlativo empobrecimiento del contratista, es justo darle aplicación a la teoría de la imprevisión para restablecer, así sea en parte, el quebranto económico, mediante una razonable compensación pecuniaria".

También se apoya el ministerio público en la doctrina extranjera (Rivero y Vedel) y en jurisprudencia de esta misma sala que coinciden en aceptar que cuando por situaciones imprevistas se hace más oneroso el cumplimiento del contrato, no imposible, la administración deberá restablecer el equilibrio financiero del contrato indemnizando al contratista.

Para la sala la sentencia recurrida deberá revocarse, tal como lo sostiene el ministerio público. Así, en este orden de ideas se analizarán a continuación los siguientes extremos: La acción propuesta; el pliego de condiciones y su incidencia en el contrato; el hecho del príncipe y la conclusión.

La demanda

Es típicamente contractual y encaja dentro de las controversias contractuales que regulaba el artículo 87 del C.C.A. y que regula hoy, luego de las modificaciones que le introdujo el artículo 17 del decreto 2304 de 1989.

En ella se pretende que la entidad demandada, para restablecer el equilibrio financiero del contrato SCN-425-E, pague a la contratista, con los ajustes de ley, la suma de $17'580.303.40", que es el mayor valor que tuvo que pagar la demandante por concepto del impuesto establecido en el artículo 9o. de la Ley 50 de 1984 y de iva por la importación de materias primas" ....

Interpretada así la demanda se entiende, como lo hizo el Tribunal, que la actora no tenía que solicitar la nulidad de un acto administrativo en particular porque, en el fondo, lo que se pide es el cumplimiento del contrato con una indemnización correlativa.

El pliego de condiciones.

Tal como lo dice dicho pliego "es un acto administrativo sujeto en su validez a todas las condiciones de los actos administrativos: competencia del funcionario que lo aprueba, forma, objeto y causa". (Teoría General del Contrato Administrativo. Depalma 2a. ed. 1980, pág. 330). Y contiene un conjunto de reglas indicativas de los derechos y obligaciones que asumirán las partes contratantes, entre sí y frente a los terceros en general; reglas que, en términos generales, rigen la naturaleza, el modo y la forma de la colaboración del contratista con la administración; y gobiernan el interés económico que impulsa al particular a contratar.

Como se desprende de su índole de acto administrativo, el pliego produce efectos jurídicos propios. Y tal como lo dice el mismo autor citado, "no puede ser alterado ni modificado por la administración después de hecho el llamado a quienes deseen celebrar el contrato, sino dentro de ciertos límites y consecuencias".

Como acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad.

En el caso *subjudice* y concretamente frente al punto de la controversia (el pago de los impuestos por la importación de la materia prima), se observa que uno es el texto que figura en el pliego de condiciones y otro el que aparece como cláusula contractual.

A este respecto, se anota:

El pliego de condiciones en su punto 3.07 con el título "Impuestos y Derechos", reza: "El contratista deberá cubrir todos los impuestos, derechos y gastos de legalización del contrato *que por motivo de él cobre el gobierno*

colombiano, sin que tenga derecho a exigir compensación diferente al pago de los precios estipulados en el contrato".

En cambio, en el contrato se lee:

"Impuestos y derechos. El contratista deberá pagar todos los impuestos y derechos que con base o por razón de este contrato, *llegue a cobrar el gobierno* colombiano, sin que pueda exigir a las Empresas compensación diferente al pago de los precios pactados. Además deberá cubrir los gastos de legalización de este contrato.

Además, la propuesta del contratista de enero 30 de 1984 (a folios 41 y siguientes) fue enfática en referencia al punto 3.07 del pliego sobre "Impuestos y Derechos": "Estamos enterados y aceptamos".

Como es claro la proponente se refería expresamente al pliego de condiciones (a los impuestos vigentes a la sazón) y no a la cláusula contractual que se deja transcrita. Esto, por obvio, ya que el pliego (diciembre de 1983) y la propuesta (enero 30 de 1984) fueron anteriores en el tiempo al contrato, el que apenas se suscribió en junio de este último año.

Se hacen las transcripciones precedentes para destacar que la cláusula contractual (impuestos y derechos) modificó ilegalmente el pliego de condiciones en dicho extremo y no obliga a la contratista; la que ajustó su voluntad al pliego, tal como se explicará un poco más adelante.

Esa modificación es clara. Mientras el pliego señala que los impuestos, derechos y gastos de legalización que por motivo de él cobre el gobierno colombiano los pagará el contratista, la cláusula contractual introduce una nota de futuro ("llegue a cobrar el gobierno") que como tal obliga al contratista no sólo a pagar los vigentes al momento de su legalización sino todos aquéllos que se establecieron en el futuro. La diferencia de forma y contenido es fundamental, ya que el pliego habrá que entenderlo con referencia a los derechos, impuestos y gastos exigibles al momento de su legalización y no en relación con otras obligaciones futuras que no existían a la sazón.

La intención de las partes tampoco puede pasarse por alto. La administración elaboró su pliego y la contratista presentó su propuesta cuando regía el decreto 444 de 1967 que exencionaba la importación de materia prima de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y Consular. Es decir, ambas partes ajustaron su voluntad en torno a un régimen impositivo específico y vigente y este ajuste merece el respeto de la ley.

Corrobora el aserto anterior la correspondencia cruzada entre las partes durante la etapa de licitación. Así en comunicación de 3 de abril de 1984, (a folio 30) el ingeniero de proyectos y diseños de las Empresas al preguntar-

le a la proponente Ceat de Colombia que "en caso de no conseguirse la exención de esos derechos, quien correría con el costo de los mismos?", obtuvo la siguiente respuesta en oficio de abril 16 de 1984 (a folio 31):

> "Nuestra oferta para la licitación de la referencia se formuló teniendo en cuenta y de acuerdo al Decreto 444 de 1967 y la reglamentación vigente por el Gobierno, que la importación de la materia prima estaría exenta de los derechos de arancel, Proexpo, Fedecafé y Consular.
>
> "En caso de que el Gobierno cambie la reglamentación existente al respecto, el costo de los derechos que se ocasionen, si así lo estima el Gobierno, deberían ser cancelados por cuenta de las Empresas Públicas de Medellín".

No existe en el expediente ningún documento en el cual la entidad rechace o discuta el contenido de la anterior comunicación. Por lo tanto, todo da a entender que esa entidad adjudicó el contrato (autorizado por la Junta Directiva el 29 de mayo de 1984, según consta en acta 1056) a sabiendas de esta última comunicación; circunstancia que para la sala se ajustaba al pliego de condiciones elaborado por la misma.

También cabe pensar, para rechazar la posición del ente demandado y confirmar la intención de la contratista y su buena fe, que la voluntad se ajustó en torno a la legislación preexistente a su manifestación. Esta es una presunción de juez que no fué desvirtuada y que antes, por el contrario, resulta corroborada. Y esa presunción se entiende, con mayor razón, cuando se licita un objeto que soporta gravámenes y costos que inciden en el valor final de la propuesta. Pero lo que si no tiene presentación es que un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador. Esto equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula, tal como lo afirma el profesor Marien Hoff en su obra Tratado de Derecho Administrativo Abeledo Perrot 1983, Tomo IIIA pág. 492.

El hecho del príncipe

Lo anterior sería suficiente para despachar favorablemente las súplicas de la demanda. La buena fe contractual y la obligatoriedad del pliego asisten la razón de la contratista.

Pero, como la demanda alega el hecho del príncipe como fuente de su pretensión indemnizatoria y el *a-quo* lo rechaza, la sala observa que la aplicación de la teoría mencionada también le da la razón a la demandante.

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, cómo sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada.

Frente a esta tesis la medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

A este respecto es ilustrativo lo sostenido por el profesor antecitado en la obra mencionada y que la sala prohija en especial en cuanto al fundamento de la pretensión indemnizatoria.

Dice el profesor argentino:

"Sólo el álea "anormal", extraordinaria, que afecte la economía del contrato queda a cargo del Estado. En este orden de ideas, en Francia se ha resuelto que tales disposiciones generales pueden dar lugar a indemnización en base a la teoría del "hecho del príncipe" cuando ellas causen una verdadera "alteración" o "trastorno" en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fué esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fué decisiva para el contratante. Es lo que suele o puede ocurrir con la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias, autorización para exportar productos de la índole de los que deben ser proveídos al Estado según el contrato, etc. Todo esto constituye cuestiones de hecho, cuya solución depende de cada caso concreto, al que deberá aplicársele los "principios" pertinentes. No pueden darse soluciones fijas: sólo pueden exponerse criterios generales.

"El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su cocontratante, basada en el "hecho del príncipe", radica en los "principios" de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues, so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al cocontratante se le estaría dando un trato desigual respecto a los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma "general" dictada afecta los derechos individuales de tal cocontratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haríase incidir sobre él una carga que

no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho, en la especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. No es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo sufra el detrimento en su patrimonio obedeciendo esto a razones de interés público. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma "general" dictada que trastorna o altera la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría, si en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el cocontratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato: habría ahí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (artículo 17 de la Ley Suprema) – de la que forma parte el derecho nacido de un contrato –, ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio del cocontratante. A las demás personas o habitantes a quienes afecte la expresada medida "general", no les corresponde, en este supuesto, indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse éstas vinculadas al Estado por un contrato, no es "diferencial", no pudiendo entonces invocar a su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de esa norma "general". En tales casos, la obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es una obvia consecuencia del "principio" también contenido en el expresado artículo 17 de la Constitución, conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido: trátese de un principio general de derecho aplicable en todos los supuestos de lesión patrimonial particular por razones de interés público y no sólo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública".

Todo lo anterior sirve de apoyo para rechazar la tesis del tribunal y para reafirmar la *causa petendi* alegada en la demanda.

Pero fuera de lo dicho, que refuerza aún más la pretensión indemnizatoria de la parte actora, la sala expone, en torno a lo decidido por el *a-quo*, algunas glosas adicionales:

1) Porque no se percató de la diferencia existente entre el texto del pliego en materia de "Impuestos y Derechos" y el del que figura en el contrato.

2) Porque no midió el alcance de las pruebas que determinaron sobre qué extremos se hizo el ajuste de la voluntad de las partes.

3) Porque no acertó al calificar la expedición de la ley 50 de 1984 como un verdadero hecho del príncipe, con todas las notas que la doctrina nacional y extranjera le ha dado a la teoría.

Decir que no se configuró tal hecho "porque el impuesto no fué creado por la entidad contratante, sino por el Congreso Nacional, es olvidar cosas como éstas: que la demandada no puede crear impuestos y que el hecho del príncipe, en especial en materia impositiva, tiene que provenir de quien sea, dentro del Estado, el competente para tomar la medida general.

4) Porque no es razonable ni serio que el tribunal sostenga que la expedición de la ley 50 de 1984, que no se sabía expedido cuando se adjudicó el contrato, no sólo era previsible, sino que también era previsible su contenido.

5) Porque tampoco es serio que el *a-quo* diga que el hecho de la ley 50 se había previsto expresamente en el pliego de condiciones, porque este parte del texto del contrato y no del texto del pliego que, como se dijo atrás, dice otra cosa; y es la ley del contrato, en tanto y en cuanto acate la normatividad superior.

En suma de todo lo anterior.

Le asiste la razón a la contratista, y la entidad pública, para restablecer el equilibrio financiero del contrato, deberá pagarle a aquélla el valor de los impuestos pagados; el que asciende a la suma de $17'580.303.40, discriminados así: impuesto ley 50 de 1984 $15'982.093; e iva $1'598.209.oo.

Dichos valores aparecen bien acreditados tanto con la prueba documental que opera dentro del expediente (a folios 125 y siguientes) como del dictamen pericial que figura a folios 139 y siguientes. Asimismo esos valores aparecen certificados por el revisor fiscal de la demandante a folios 68 y coinciden con los enunciados.

De esas pruebas se desprende también que la indemnización pretendida se debe desde noviembre 16 de 1985. De allí que será a partir de esa fecha a partir de la cual se ordenará el reajuste de la condena con base en la fórmula

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

De donde vp o valor actualizado que se busca a la fecha de este proveído; vh o $17.580.302.oo; ind. f o índice final a la fecha de este proveído (226.46); e ind. i o el vigente en octubre de 1985 (51.43).

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:

Revócase en todas sus partes la sentencia de junio 22 de 1990. En su lugar:

Condénase a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a la firma contratista Ceat General de Colombia S. A. la suma de SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON 33/100 M/CTE. ($77'410.762.33) a título de indemnización por la ruptura del equilibrio financiero en el contrato SCN–425–E.

La entidad pública deberá cumplir esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses contados a partir de su ejecutoria y moratorios luego.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA–Detención/**OBLIGACION DE RESULTADO**

Cuando la autoridad detiene a una persona sindicada de un ilícito penal contrae con el detenido una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de mantenerlo a buen recaudo, respetando su integridad física y moral para poder hacer efectiva la sanción si resulta responsable. Esta última obligación es de resultado.

ESTADO CIVIL DE CASADO/PRUEBA

En parte alguna dice la ley que para probar el estado civil de casado, deba probarse también que los cónyuges también nacieron. La existencia de las personas que actúan dentro de un proceso se demuestra con la presentación personal que éstas hagan de la demanda y del poder ante el despacho correspondiente, debidamente identificadas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.–Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6532.– Indemnizaciones.– Actor: Leopoldina Posso de Posso.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de septiembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"1o.– DECLARASE a la Nación – Ministerio de Defensa – administrativamente responsable de los daños causados a Morelia de Jesús, Ana Liria y Jesús Amado Posso, con motivo de la muerte trágica de su padre Bertis Emilio Posso David, ocurrida en el municipio antioqueño de Peque.

"2o.– SE CONDENA, en consecuencia, a la Nación a pagar a cada una de las personas antes citadas las sumas que equivalgan a 1.000 gramos de oro fino.

"3o.– SE TENDRA en cuenta para el efecto anterior el valor que tenga el gramo de oro en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"4o.– NIEGANSE las peticiones de Leopoldina Posso vda. de Posso y Ana Rosa David de Posso.

"5o.– DECLARASE INHIBIDO para resolver sobre las pretensiones de los hijos menores Gerardo Elías, Marta Oliva, Daniel Antonio y Fabio Herlindo Posso Posso.

"6o.– SE DARA cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

En la demanda, presentada el 14 de septiembre de 1988, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el señor Bertis Emilio Posso D. tenía una cantina en el municipio de Peque (Antioquia), la cual era administrada por él y por su cónyuge, señora Leopoldina Posso de Posso.

2) Que el día 22 de septiembre de 1987, en el establecimiento mencionado, el señor Isnardo Posso lesionó gravemente al agente de policía Armando de Jesús Agudelo O., quien murió luego.

3) Que por ese hecho fueron detenidos Luis Carlos Higuita, los cónyuges Posso David – Posso de Posso y otras personas sindicadas de esos hechos.

4) Que los capturados fueron puestos en libertad gradualmente, quedando a disposición de la autoridad Luis Carlos Higuita y la señora Leopoldina Posso de Posso.

5) Que luego de su captura no se volvió a saber nada del señor Posso David.

6) Que el 28 de septiembre de 1987 se encontró el cadáver de este último, semienterrado a las afueras del pueblo, en la salida para los Llanos; que la identificación la estableció el señor juez promiscuo municipal.

7) Que los forenses que examinaron el cadáver concluyeron que su muerte había acaecido unos cinco días antes, coincidiendo con la fecha de la captura.

El tribunal, luego del trámite de la instancia, decidió en la forma indicada atrás. Para el efecto, estimó que se había probado bien la falla del servicio, mediante la prueba testimonial que obra en el expediente, en especial con las declaraciones del señor Benjamín Herrera A., alcalde a la sazón del municipio, Diana Eva López G., Miguel Angel González y Luis Carlos Higuita.

De ese fallo se destaca el siguiente aparte:

"4.1. No hubo una confirmación directa de lo anterior; las cosas se quedaron en el plano de los comentarios. Sin embargo, una serie de indicios, armónicamente enlazados, indican que Bertis Emilio fue asesinado por los policías; las amenazas que el Teniente Ariza y otros subalternos suyos lanzaron en su contra; el trato inhumano que le dieron; el hecho de que todas las demás personas capturadas hayan regresado sanas y salvas a sus hogares, excepto él; haber negado el Comandante del puesto que la víctima sabía firmar y no haber dado al Cura Párroco, al Alcalde y la Personera explicaciones satisfactorias sobre el paradero de Bertis Emilio. Y en especial esto: a. ¿Es explicable siquiera que Bertis Emilio Posso no haya sido visto en su hogar y en la calle durante el lapso de tiempo comprendido entre su *supuesta* salida y el descubrimiento de su cadáver? No debe pasarse por alto que Peque no es una metrópolis o una ciudad grande, sino un pueblo pequeño, en el que todos los pobladores deben verse y tratarse, por lo general, muy a menudo. b. Las torturas a que lo sometieron y en general el tratamiento especial que le fué dado (al parecer, por ser el dueño y administrador de la cantina donde el agente fué gravemente lesionado) dan a entender que el Teniente y sus hombres abrigaban fuertes sospechas sobre su conducta.

"5. Es bien difícil, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, que los autores de esta clase de crímenes confiesen su participación en ellos. Es pertinente, en consecuencia, acudir a la prueba indirecta antes descrita, la que, como se ha visto, se asienta en unas bases muy sólidas.

"6. Así las cosas, debe concluirse que la Nación no cumplió el deber constitucional y legal que tiene de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio. Y que tienen razón los demandantes cuando anotan que el servicio de policía a cargo de la misma falló ostensiblemente en este caso".

Descontenta la parte actora, interpuso apelación y pidió que la sentencia fuera revocada en los siguientes apartes:

"1o.– En lo referente a la negación de los daños y perjuicios para la señora ANA ROSA DAVID DE POSSO, madre del fallecido, para que en su lugar se condene al equivalente en pesos a un mil gramos oro por daños morales.

"2o.– Se revoque la sentencia en lo atinente a la negación de los daños y perjuicios morales para LEOPOLDINA POSSO POSSO y se ordene el pago de igual cantidad conforme al escrito de demanda.

"3o.– Se revoque la sentencia en lo pertinente a los hijos menores GERARDO ELIAS, MARTA OLIVA, DANIEL ANTONIO Y FABIO HERLINDO POSSO POSSO, para que se condene al ente público demandado a pagar a cada uno el equivalente en pesos a un mil gramos oro fino, conforme al escrito de demanda".

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

La señora fiscal octava de la corporación pide la confirmación del fallo apelado, con modificaciones en torno a los ordinales 4o. y 5o. Conceptúa que se acreditaron los supuestos de la responsabilidad y que las pruebas practicadas no dejan margen a ninguna duda, porque:

"De estos hechos se deduce como lo advierte el Tribunal, que Bertis Emilio Posso David, fue retenido por miembros de la Policía Nacional, junto con otras personas como presuntos autores del delito de homicidio en la persona del agente Armando de Jesús Agudelo Osorio, que a todas les dieron la libertad menos al occiso, quien después de ser torturado fué sacado y llevado a las afueras de la población donde le dieron muerte y lo enterraron, pues del momento de su retención no fué vuelto a ver en su hogar ni en la calle".

Sobre los perjuicios anota:

"La Fiscalía no comparte los planteamientos del fallador de primera instancia que lo llevaron a concluir que los demandantes no estaban legitimados para solicitar perjuicios.

"Como es sabido, pues se ha sostenido jurisprudencial y doctrinariamente, el acto del matrimonio se demuestra con la copia correspondiente de la partida, folio o con certificado expedido con base en los mismos si fué ocurrido con posterioridad de la vigencia de la ley 92 de 1938, y el estado civil o certificado de matrimonio de los padres y el registro civil de nacimiento del hijo. (Decreto 1260 de 1970).

"En este caso, se allegaron al proceso los registros civiles de nacimiento de Gerardo Elías, Martha Oliva, Daniel Antonio y Fabio Herlindo Posso Posso (Fls. 14, 15, 16 y 17 cuaderno 1).

"Igualmente, obra al folio 13 del cuaderno 1o. una constancia expedida por el Alcalde Municipal de Peque (Antioquia) sobre el matrimonio de los señores Bertis Emilio Posso David y Leopoldina Posso. Si bien en este documento se dice que es una constancia y que es fiel copia sin serlo, entiende la fiscalía que es un certificado expedido de conformidad con lo dispuesto en el art. 110 del Decreto 1260 de 1970.

"En estas circunstancias, quedó acreditada la calidad con que demandaron los actores en este proceso. No teniéndose que allegar como lo exige el tribunal, el certificado de nacimiento de la señora Leopoldina Posso esposa de la víctima.

"Al folio 11 del cuaderno No. 1, se encuentra la partida de bautizo expedida por la Parroquia de Peque (Antioquia) de Bertis Emilio Posso David, nacido el 4 de octubre de 1933, donde se expresa que es hijo de Ana Rosa David. Con esta partida se deduce con claridad, que la víctima era hijo de esta demandante, y como en la demanda no se expresa que sea hijo legítimo de aquélla, con esta sola prueba queda demostrado este hecho.

"Por lo explicado la fiscalía, que debe reconocérsele (sic) a los demandantes la indemnización por perjuicios morales en una cantidad equivalente de 1.000 gramos oro, por ser ellos la madre, la esposa y los hijos de la víctima.

"No entra la Fiscalía al estudio de los perjuicios materiales solicitados en la demanda y que denegó el Tribunal, como quiera que el recurso de apelación fué interpuesto por la parte demandante y ésta se mostró conforme con esta decisión".

Para la sala la sentencia merece ser confirmada, pero con algunas precisiones en cuanto a los perjuicios fijados por el *a-quo*.

El análisis de la falla del servicio revela un excelente y acertado estudio del acervo probatorio y la sala se siente relevada de hacer otras consideraciones.

Acierta el tribunal al extraer su conclusión final con apoyo en la prueba indiciaria y su armonización con los testimonios recepcionados. Es cierto que en casos como el aquí analizado no puede esperarse la prueba directa de los hechos porque esta clase de crímenes se comete en la sombra y tratando por

todos los medios de borrar las huellas. Pero parece que los aquí homicidas, en su afán de vendeta, olvidaron que el hecho de la detención del señor Bertis Emilio Posso era de fácil demostración y que esa detención les imponía la obligación de mantenerlo con vida en el mismo estado de salud que tenía cuando tal hecho sucedió. Esto no como consecuencia de un supuesto depósito necesario que no se dió en el evento cuestionado, sino como un simple deber legal.

Cuando la autoridad detiene a una persona sindicada de un ilícito penal contrae con el detenido una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de mantenerlo a buen recaudo, respetando su integridad física y moral para poder hacer efectiva la sanción si resulta responsable. Esta última obligación es de resultado, como ha tenido oportunidad de decirlo la jurisprudencia en más de un fallo. A este propósito la sala reitera su jurisprudencia contenida en los fallos de diciembre 6 de 1988 (proceso 5187 Ladys Matilde Puentes) de octubre 25 de 1991 (proceso 6565 Gildardo Arteaga), de los cuales fue ponente el mismo que redacta esta providencia.

En aquélla se lee aparte que conserva toda su vigencia:

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

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

Los perjuicios

Sobre los perjuicios y la condena impuesta por el tribunal, anota la sala, sin salirse de los extremos planteados por el recurrente en su escrito de sustentación de la apelación:

"Como se desprende de la parte resolutiva del fallo apelado hubo condena a favor de Morelia de Jesús, Ana Liria y Jesús Amado. hijos del señor Bertis Emilio Posso D.; denegación en contra de las señoras Leopoldina Posso vda. de Posso y Ana Rosa David, cónyuge y madre del occiso; e inhibición para Gerardo Elías, Marta Oliva, Daniel Antonio y Fabio Herlindo, hijos menores del matrimonio Posso-David Posso Montoya.

El tribunal denegó la condena a favor de la cónyuge del señor Bertis Emilio y de su madre, señoras Leopoldina Posso M. y Ana Rosa David de

Posso, porque no se aportaron al expediente los certificados de nacimiento de las mismas. Así las cosas – agrega – debe concluirse que no se hizo fe en el proceso sobre el hecho del nacimiento de la esposa y la madre del fallecido Bertis Emilio (artículo 106 del citado decreto 1260).

Para la sala esta conclusión es inaceptable y excede los términos de la ley.

Parece que el tribunal con su negativa quiso dar a entender que estas personas tenían que demostrar que existían y como no lo hicieron no se podía aceptar su matrimonio.

Con ese criterio habría que exigirle el registro de nacimiento a todos los demandantes en todos los procesos sin excepción.

Las señoras mencionadas probaron su legitimación en la forma exigida por la ley. La señora Leopoldina con el registro de matrimonio que contrajo con el señor Bertis Emilio Posso (ver documento a folio 13 del anexo); y la señora Ana Rosa David de Posso con la prueba de su matrimonio y con la partida de bautismo de su hijo Bertis (a folio 11 del anexo).

En parte alguna dice la ley que para probar el estado civil de casado, deba probarse también que los cónyuges también nacieron. La existencia de las personas que actúan dentro de un proceso se demuestra con la presentación personal que éstas hagan de la demanda y del poder ante el despacho correspondiente, debidamente identificadas.

Lo dicho incide también en la negativa a favor de los hijos del matrimonio Posso P. Posso M., los menores Gerardo Elías, Marta Oliva, Daniel Antonio y Fabio Herlindo. Personas éstas que demostraron ser hijos legítimos del matrimonio mencionado, con las únicas pruebas exigidas en la ley: el matrimonio de sus padres y los registros de nacimiento correspondientes (ver registros a folios 13 y siguientes del anexo). Aquí se repite: En parte alguna se dice que en estos eventos hay que acompañar la prueba del nacimiento de los padres.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 28 de septiembre de 1990, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, en sus ordinales 1o., 2o., 3o. y 6o.

Revócase en sus ordinales 4o. y 5o. los que quedarán así:

4o.– Condénase a la misma entidad a pagar por concepto de perjuicios morales el equivalente a 1.000 gramos oro para cada una de las siguientes personas: Leopoldina Posso vda. de Posso, Ana Rosa David de Posso, Gerardo Elías, Marta Oliva, Daniel Antonio y Fabio Herlindo Posso Posso; los últimos cuatro menores, representados por su madre, la señora Leopoldina Posso vda. de Posso.

5o.– Se entiende que la certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo oro hará referencia al precio nacional que rija a la ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas.

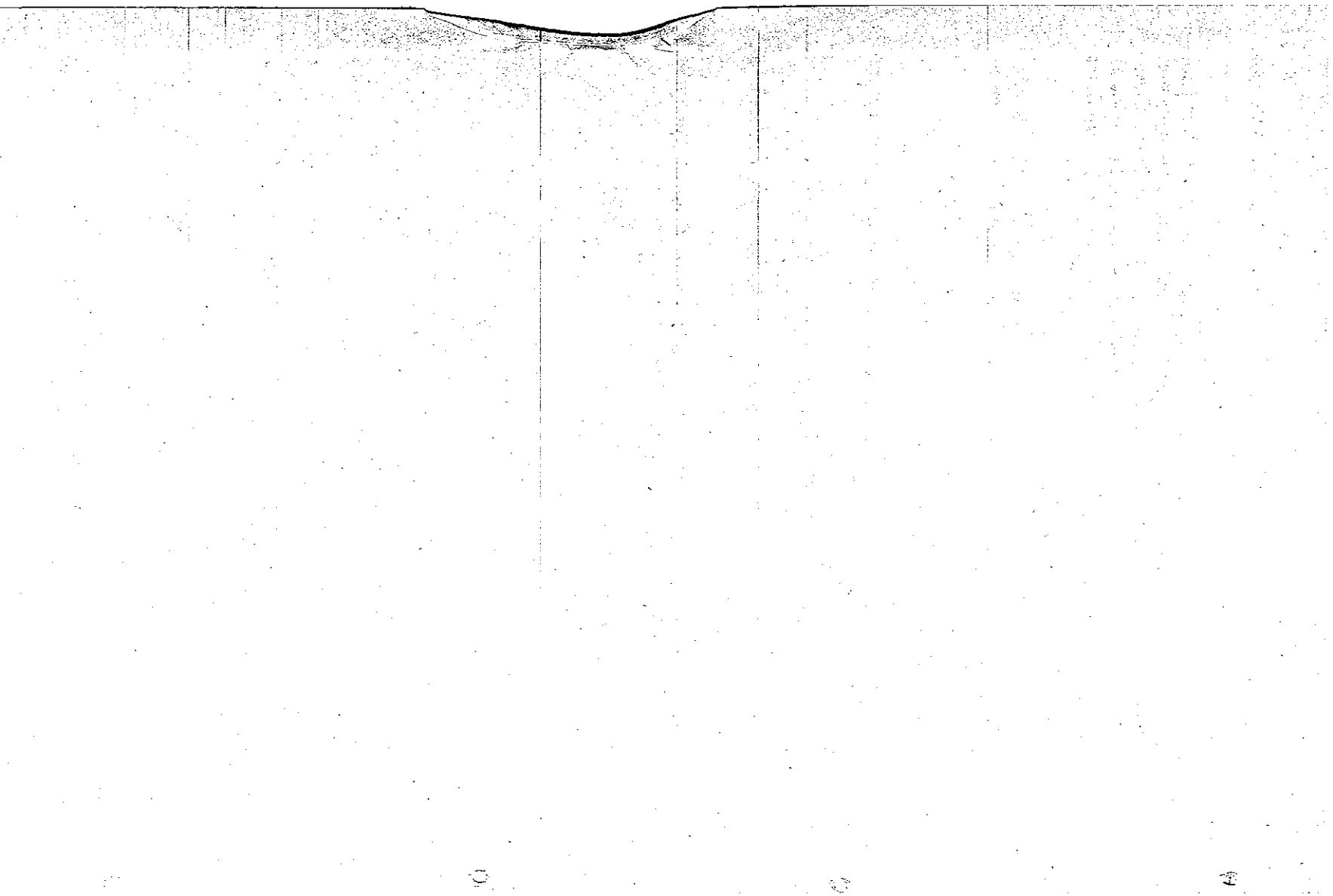
Expídanse las copias auténticas de los fallos de primera y segunda instancia para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.



SECCION

CUARTA

BENEFICIO DE AUDITORIA–Requisitos

Necesariamente para hacerse acreedor al beneficio de auditoría era supuesto necesario, no sólo que el solicitante hubiera sido contribuyente en el ejercicio anterior, sino que hubiera presentado declaración tributaria del impuesto sobre la renta, y liquidado un impuesto que permitiera medir el incremento en el porcentaje señalado en el artículo 10 del D.E. 3410 de 1983.

RECURSOS–Improcedencia/**ACTUACION ADMINISTRATIVA/CONTRIBUYENTE**

Si un contribuyente interpone un recurso no consagrado en la ley y por el contrario no admitido por ella, su acción resulta inocua y no puede pretender que produzca el efecto jurídico de interferir el procedimiento gubernativo especial de determinación del impuesto sin que por otra parte esta situación suspenda términos y con el único propósito de dilatar la actuación administrativa en pos de un silencio administrativo positivo, menos aún que como en el caso *sub-lite* la petición formulada carece de respaldo jurídico.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martinez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2831. Actor: Asesores Financieros S.A. Nit.: 90209545. Apelación Sentencia del 5 de diciembre de 1989 del Tribunal Administrativo de Santander. Juicio de Restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1983. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 5 de diciembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad ASESORES FINANCIEROS S.A. NIT 90209545, contra el acto administrativo de determinación oficial del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año fiscal de 1983.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año fiscal de 1983, el día 11 de mayo de 1984, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, determinándose previamente un impuesto de $1.711.220.

Mediante autos comisorios 007, 014 y 015 de 1985, la Administración de Impuestos ordenó la práctica de una inspección contable a la sociedad contribuyente, diligencia cuyos resultados quedaron consignados en el acta de visita del 21 de enero de 1985.

Con base en dicha acta, la Administración de Impuestos Nacionales mediante requerimiento 000010 del 18 de abril de 1986, le propuso a la contribuyente la modificación de la liquidación privada, como consecuencia de la adición a la renta gravable de la suma de $172.438.692.oo, que la sociedad registró bajo el rubro "préstamos a socios" y no transacciones con terceros como era lo debido; el desconocimiento de deducciones por $2.346.010 y la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Oída la respuesta al requerimiento y la objeción al Acta de Inspección, mediante la liquidación oficial 042483000276 del 11 de agosto de 1986, le determinó el impuesto a cargo incrementándolo a $71.625.101 y le impuso las sanciones anunciadas por $139.913.758.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reconsideración por la vía gubernativa, recurso que fue fallado por Resolución 0493 del 1o. de diciembre de 1987, en confirmación de la liquidación de revisión.

LA DEMANDA

Inconforme la sociedad acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Santander, alegando violación de los artículos 75 de la Ley 09 de 1983; 16 del Decreto 3803 de 1982; 20 de la Constitución Nacional; 8o. numeral 4o. de la Ley 145 de 1960; 90, último inciso del Decreto 1651 de 1961; 18 y 19 del Decreto 080 de 1984 en concordancia con los artículos 13 y 17 ibídem; artículos 1o.,

2o., 75 y 99 del Decreto 074 de 1976; 619 y 163 del Código de Comercio; 1495, 1496 y 1602 del Código Civil. Reitera la firmeza de la liquidación privada; el beneficio de no revisión, por cuanto la actuación administrativa no fue objeto de revisión por selección de índices de tributación y en trabajo de computación; la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad y la violación del derecho de defensa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda considerando:

1) Sobre la nulidad de la liquidación de revisión, que no hubo nulidad, porque el artículo 75 de la Ley 09 de 1983, si bien establece el término de dos años para la firmeza de la liquidación privada, si no se notifica la liquidación de revisión, el término para revisar se suspende por mandato del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, durante el plazo establecido para la respuesta al requerimiento, mientras dure la inspección ocular y hasta 3 meses más cuando la diligencia se practique de oficio, 2 meses más cuando la prueba solicitada se refiera a documentos que no reposan en el expediente, y durante el plazo para contestar la ampliación al requerimiento especial. Es decir, que como la inspección se inició el 21 de enero y terminó el 17 de octubre de 1985, la Administración, por ese solo hecho tenía plazo para notificar hasta el 7 de febrero de 1987.

2) Sobre el beneficio de auditoría, precisó que no operaba para la contribuyente, porque si ésta no presentó declaración de renta por 1982, carecía de liquidación privada que permitiera medir que el impuesto creció en un 23%.

3) Que la ampliación del requerimiento no es obligatoria sino facultativa para la Administración.

4) Que tampoco prospera el cargo de haberse utilizado el método bancario para la adición de ingresos, porque no aportó prueba para demostrar que las consignaciones se hicieron a los socios y no a la sociedad.

5) Que las excepciones de ilegalidad e inconstitucionalidad por falta de garantías procesales y violación de los derechos adquiridos con justo título, pasa a ser una tesis más de las que abundan en el escrito de demanda sin respaldo legal ni probatorio, pues los autos indican que tanto la inspección contable, el requerimiento, la liquidación y el recurso de reconsideración, se produjeron con las ritualidades propias de tales actos.

6) Referente a la violación del estatuto contable por no aplicación del artículo 8o. de la Ley 145 de 1960, dijo que el cargo no prospera, porque

dicha norma exige la calidad de contador público para actuar como perito en controversias de carácter técnico contable y que la investigación plasmada en el acta de visita no tiene relación con el cargo de perito.

7) Que tampoco el cargo de falta de firma de una funcionaria en el acta de inspeccón contable prospera, puesto que en el documento aparece la firma autógrafa de la susodicha empleada.

8) Que faltó sustentación coherente respecto de la falta de aplicación de la ley civil invocada.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia acusándola de incurrir en violación de la ley, por falta de aplicación del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, porque no analiza los 17 hechos de la demanda, ni la prueba en su conjunto. Y en cuanto se refiere a la falta de voluntad administrativa, el estudio fue parcial, porque sí es cierto que no hay firma al reverso de los autos comisorios y que además la diligencia se suspendió antes del 13 de junio de 1985, que la visita no se terminó el 17 de octubre; que la fecha de la constancia es del 22 de octubre de 1985, y que en la página 20 del acta, no aparece la firma de Alicia Cala.

Así mismo dice que la sentencia es incongruente e incurrió en error de interpretación de las normas de derecho con relación al artículo 18 del Decreto 080 de 1984, e invoca el silencio administrativo frente al recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, al cual se refiere en el No. 8 de los hechos, porque configura prejudicialidad administrativa que constituye un hecho nuevo para el silencio positivo.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante alegando falta de razón, porque un oficio como simple actuación de trámite no tiene recurso alguno por la vía administrativa, por no corresponder a decisiones que pongan fin a la actuación y menos podía tener apelación subsidiaria. Que más bien lo que perseguía el actor, era revivir otro agotamiento de la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción contenciosa.

Que si la apelación subsidiaria se refiere al recurso de reconsideración, cabría la excepción que oficiosamente podría declarar el Consejo de Estado, porque no se dejó consumar la actuación administrativa para demandar ante la autoridad jurisdiccional.

Con relación al aspecto de fondo, precisa la oportunidad de la notificación de la liquidación de revisión, ante la suspensión del término por el

requerimiento y la inspección, y la ineficacia del recurso de apelación contra un simple acto de trámite para deducir el silencio positivo.

Reitera la inoperancia del beneficio fiscal de la no revisión por falta de existencia de la sociedad en el ejercicio anterior.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto, de la Corporación, solicita confirmación de la sentencia, considerando que la sentencia del Tribunal sí se dirigió con precisión a considerar las impugnaciones del actor.

Luego, para emitir el concepto parte del análisis de lo que para el poder de imposición significa la facultad de recaudar y administrar impuestos, en desarrollo de la cual puede la Administración en cualquier momento ordenar la exhibición y examen de los libros y la contabilidad general del contribuyente, previo auto comisorio en que se otorguen plenas facultades al funcionario auditor para delantar la investigación.

Que al adelantar la visita a ASESORES FINANCIEROS S.A. "ASEFIN S.A.", la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, ajustó dicho procedimiento a las facultades legales y que el acta levantada por los funcionarios autorizados y debidamente suscrita demuestra que la sociedad ASEFIN S.A. registró como préstamo la suma de $172.438.692, que en la investigación se comprobó, que correspondían a dineros recibidos no de los socios, sino de otras personas y que efectuados los cruces selectivos con las empresas giradoras de algunos cheques, pudo establecerse plenamente en sus contabilidades que las operaciones se realizaban directamente con ASEFIN S.A. y nó con los socios.

Hechos sobre los cuales la Administración cumplió con la carga de la prueba desvirtuando la presunción de veracidad de la prueba contable, objetándola además, por carecer de la adecuada comprobación contable, que permitió la aplicación del método indirecto de investigación tributaria de análisis de depósitos bancarios.

Que el contribuyente en vez de dirigir sus alegatos a desvirtuar la legalidad del método indirecto utilizado por la Administración, debió mostrar en primer término a través de sus libros de contabilidad que realmente cumplía con las exigencias en materia contable y tributaria para la tasación de los impuestos hecha en la forma como aparece en su declaración de renta, o aceptar que por razón de su conducta omisiva, el cumplimiento de tal deber no se satisfizo e indujo a la Administración a la aplicación del discutido método indirecto, y que el único mecanismo posible en su defensa era demostrar la realidad de sus ingresos señalando cuales de esos "préstamos"

constituían renta y cuales no pertenecían al giro natural de sus negocios y en cuanto incurrió efectivamente por gastos o costos durante el ejercicio.

Que si bien es cierto que los datos obtenidos por la Administración constituyen solo un indicio del mayor ingreso, no es menos cierto que la Administración utilizó los medios de prueba para darle a ese indicio el grado de certeza que requiere para poder ser escogido al momento de decidir, con base en los hechos que aparecen probados.

Que ante las manifiestas irregularidades en el manejo de los libros de contabilidad por la sociedad, no le quedaba a la Administración otra alternativa que adoptar los mecanismos necesarios para alcanzar la información requerida y realizar una nueva regulación de los impuestos a cargo de la actora.

Estima que no resulta evidente el reclamo que sobre el beneficio de auditoría para el año de 1983, hace la actora, porque dicha petición no goza de viabilidad ya que el desconocimiento de dicho derecho por parte de la Administración es la aplicación exacta de las disposiciones que establecen que para obtener dicho beneficio, el contribuyente en su liquidación privada correspondiente al período gravable de 1982, debió liquidarse un impuesto; que éste para el año de 1983 apareciera declarado con un incremento del 23%, como requisito básico para pretender el referido beneficio. Y que no hallándose la contribuyente dentro de los supuestos de hecho previstos en los artículos 13 y 17 del Decreto 080 de 1984, podía ser objeto de revisión para establecer la exactitud de su declaración de renta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar encuentra la Sala infundado el cargo que el apelante hace a la sentencia de primera instancia de no analizar los 17 hechos de la demanda, sino de limitarse a registrar la actuación administrativa, porque precisamente los hechos narrados por el demandante comprenden la actuación administrativa analizada por el *a-quo*.

De otra parte, es pertinente resaltar que las normas de procedimiento y entre ellas las de recursos que proceden contra los actos administrativos bien por vía general o especial, son de resorte exclusivo del legislador y sólo son viables en la medida que se cumplan los requisitos establecidos por la norma, y sólo queda a las administradas la facultad de ejercitarlas siempre que el medio de defensa haya sido preestablecido en ella.

Dentro de las normas especiales que regulan los recursos gubernativos en materia de los impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales, no se ha consagrado recurso de apelación subsidiaria contra un acto de mero trámite.

De conformidad con el procedimiento general establecido en el Decreto 01 de 1984 artículo 49:

"No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparativos o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa".

Entonces si un contribuyente interpone un recurso no consagrado en la ley y por el contrario no admitido por ella, su acción resulta inocua y no puede pretender que produzca el efecto jurídico de interferir el procedimiento gubernativo especial de determinación del impuesto sin que por otra parte esta actuación suspenda términos, y con el único propósito de dilatar la actuación administrativa en pos de un silencio administrativo positivo. Menos aún cuando la petición formulada carece de respaldo jurídico, cual es el de pretender un beneficio de auditoría, en circunstancias no contempladas por la ley.

En efecto el beneficio de auditoría, o de revisión que señala la demanda, estaba contemplado por el artículo 13 del Decreto extraordinario 3410 de 1983 que dice:

"Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad, cuya declaración de renta e impuesto a cargo cumplan los requisitos de que tratan los artículos 10 y 12 del presente decreto, solamente podrán ser objeto de liquidación de revisión, cuando la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada en programas de computador, elaborados mediante la aplicación de índices de tributación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del promedio del respectivo índice".

A su vez el artículo 10 dice:

"Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que en su liquidación privada se autoliquiden un impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio que supere en el porcentaje que se indica en este artículo, el impuesto a cargo por los mismos conceptos *que figure en su liquidación privada del año gravable inmediatamente anterior*, estarán exonerados de presentar la información tributaria exigida en el presente decreto, con excepción de la contenida en los siguientes artículos del mismo: ...".

"El porcentaje a que se hace referencia el inciso primero de este artículo será el que se obtenga de aproximar al porcentaje entero más cercano, el resultado de multiplicar 1.2 por el incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados que corresponde

elaborar al Departamento Administrativo Nacional de Estadística en el período comprendido entre el 1o. de julio del respectivo año gravable y la misma fecha del año anterior".

"En el caso de personas jurídicas y sociedades de hecho, para que opere el beneficio consagrado en este artículo, el impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio que se autoliquiden tales contribuyentes, no podrá ser en ningún caso inferior a:

"– El 1% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando se trate de sociedades anónimas y asimiladas.

"– El 0.5% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando se trate de sociedades limitadas y asimiladas". (Subraya la Sala)

Normas que indican, que necesariamente para hacerse acreedor al beneficio de auditoría era supuesto necesario, no solo que el solicitante hubiera sido contribuyente en el ejercicio anterior, sino que hubiera presentado declaración tributaria del impuesto sobre la renta, y liquidado un impuesto que permitiera medir el incremento en el porcentaje señalado en el mismo artículo.

Sentado entonces que no existió violación del beneficio de auditoría, observa la Sala que no opera tampoco el silencio administrativo positivo, pues como bien lo analiza la sentencia apelada, la liquidación de revisión se practicó y notificó dentro del término establecido para el efecto por la Ley 9 de 1983, artículo 74, y por el Decreto 3803 de 1982, artículo 22, y atendida la suspensión del término por el plazo para la respuesta al requerimiento, y la práctica de la inspección contable.

Con relación a esta diligencia que cuestiona la demanda por ausencia de una firma, observa la Sala que en el original del acta y de los autos comisorios que le precedieron, que obran a Folios 221 a 244 del cuaderno de antecedentes No. 2, aparecen las firmas autógrafas tanto del Jefe de Auditoría como de los funcionarios comisionados que intervinieron en la diligencia y entre ellas la de Alicia Cala Vecino de Cala, echada de menos por el demandante, documentos en los que además figura los respectivos sellos oficiales.

Con relación al aspecto de fondo, consistente en la adición de ingresos que cuestiona la contribuyente por haberse utilizado el método bancario, precisa la Sala, que en el *sub-lite* la prueba fundamental, que sirvió de base para la adición de ingresos no fue el análisis de los saldos bancarios sino la propia contabilidad de la actora y los cruces de información con terceros con los cuales realizó negocios jurídicos, según se deduce de la misma acta de inspección como del propio requerimiento. Las consignaciones bancarias efectuadas por la contribuyente sirvieron para afianzar el hecho de la inexactitud en la declaración de ingresos.

Por otra parte, de acuerdo con las normas procesales corresponde a quien alega un hecho la carga de la prueba. De tal manera que si la sociedad alega que las transacciones descubiertas por la Administración correspondían a sus socios, ha debido aportar las pruebas que dieran certeza sobre la veracidad de tal afirmación, sin embargo, no obra dentro del proceso prueba alguna en tal sentido.

Agrega la Sala, que las nulidades de los actos administrativos de determinación de impuestos están taxativamente reguladas en el procedimiento, sin que pueda el contribuyente invocar como causales de nulidad, hechos no previstos expresamente en la ley.

No encuèntra la Sala violación alguna de las normas invocadas por la demanda por lo tanto la sentencia apelada que así lo declara 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 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 5 de diciembre de 1989 en el juicio No. 5676.

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,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE–Aplicación/**INGRESO DIFERIDO**

La postergación en la aplicación de lo retenido en la fuente al ejercicio en que se cause el impuesto, se encuentra concordante con los artículos 366 y 367 del E.T., en especial con el objetivo señalado en este último, en el sentido de que en lo posible, el impuesto se recaude dentro del mismo ejercicio en que se cause. La expresión "en lo posible" significa precisamente que la retención efectuada sobre el ingreso diferido puede aplicarse en el ejercicio en que el impuesto se cause.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., enero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3126. Actor: Rafael Mario Zapata Torres. Autoridades Nacionales –Fallo–.

Corresponde a la Sala decidir la demanda de nulidad de un aparte del Artículo 17 del Decreto Reglamentario 2314 de 1989 (octubre 9) que en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 34 del C.C.A. entabló en su propio nombre el Doctor RAFAEL MARIO ZAPATA TORRES.

El citado Decreto que reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones de impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales dispone en el Artículo 17, destacando con subrayas la parte acusada:

"ARTICULO 17. Las retenciones deben descontarse en el mismo año fiscal en el que fueron practicadas. Cuando el sujeto pasivo de retenciones en la fuente esté obligado a presentar declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, deberá incluir las retenciones que le hubieren practicado por un ejercicio fiscal, dentro de la liquidación privada correspondiente al mismo período, *salvo que se trate de retenciones que le hubieren practicado sobre ingresos que de conformidad con las normas legales deban ser tratados como ingresos diferidos, caso en el cual las retenciones se incluirán en la declaración del período en el cual se causen dichos ingresos.*

No hay lugar a devolución o compensación originada en retenciones no incluidas en la respectiva declaración".

El actor considera que fueron violados el numeral 3o. del Artículo 120 de la Constitución Nacional (1986) y las facultades administrativas, Artículo 683 del Estatuto Tributario por los motivos que expone en forma amplia y razonada sobre los siguientes temas:

A) Porque modificó el contendio de las liquidaciones privadas y oficiales con violación de los Artículos 596, 373 y 374 del Estatuto Tributario.

B) Porque limitó el derecho a las devoluciones con violación de los Artículos 850 y 851 del Estatuto Tributario.

C) Porque modificó las reglas relativas a la retención en la fuente, Artículos 367 y 366, además de los Artículos 26, 27 y 28.

D) Porque creó un sistema nuevo de anticipo no previsto por la ley sustancial, Artículos 366, 807 del Estatuto Tributario.

A través de delegado, la Dirección General de Impuestos Nacionales se opuso a la pretensión de la demanda, refutando cada una de las consideraciones expuestas.

La señora Fiscal Sexta, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando solicita que se niguen las súplicas de la demanda. Tras el análisis de la mecánica de la causación del impuesto y de la consiguiente retención en la fuente en los ingresos diferidos, vistos desde el punto de vista de quien los recibe como de quien los paga. Se destacan los siguientes apartes y las consideraciones de su concepto:

"... si no se ha causado el impuesto por no existir aún una renta gravable quien efectúa el anticipo no está obligado a retener a ese título suma alguna y en esa forma el beneficiario del mismo no puede declarar ese ingreso como renta y mucho menos descontar por retención la que

no se ha hecho. Pero si quien entrega el anticipo ha descontado a título de retención el porcentaje correspondiente, el beneficiario de ese anticipo debe declarar el monto total como un pasivo pendiente de liquidación cuando nazca el derecho a exigir su pago y solo en ese entonces puede descontar la retención correspondiente.

Esta interpretación que aparece ajustada al espíritu de la Ley Tributaria contenida en los Artículos 26, 27 y 28 del Estatuto está desarrollada en el libro 2o. en la parte relativa a la retención en la fuente por los Artículos 365 a 419, pero naturalmente todo ese Articulado está referenciado a los pagos que se realicen en forma que quien los recibe registre un ingreso que incremente su patrimonio para adquirir la cantidad de renta generadora de impuesto.

En ninguna parte del Estatuto Tributario se habla de retención en la fuente por el hecho de efectuar pagos que no constituyen renta para quien los recibe, por consiguiente, al criterio de la Fiscalía la frase final del Artículo 17 del Decreto 2314 de 1989 no hace cosa distinta que aclarar una posible situación generada no por la naturaleza de la suma que se recibe sino por la equivocada actuación de quien realiza el anticipo.

No ve la Fiscalía contradicción alguna entre la norma acusada y las que se dicen violadas, puesto que mientras éstas regulan el sistema de retenciones y la forma de declarar la renta en frente a ingresos constitutivos de ella, la frase final acusada solo deja en claro cómo debe obrarse cuando quien declara la renta solo ha recibido un ingreso no constitutivo de renta".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El Estatuto Tributario al iniciar la regulación de la retención en la fuente contiene en el Título I del Libro Segundo dos normas de especial importancia en el análisis de la controversia planteada en este juicio, a saber:

1o. En primer lugar el Artículo 366 que otorga al Gobierno Nacional facultades para establecer retenciones en la fuente con enunciación de algunos criterios que enmarcan la competencia gubernamental, tales como:

–El fin de las retenciones en la fuente es el de "facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta y Complementarios".

– Los porcentajes que fije deben consultar "las tarifas vigentes del impuesto" y "la cuantía de los pagos" y

– "Los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas".

2o. Por otra parte, el Artículo 367 del Estatuto consagra el objetivo general del sistema de retención en los siguientes términos: "La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en su causa".

Para la Sala, la parte acusada de la norma reglamentaria que ordena postergar la aplicación de lo retenido en la fuente al ejercicio en que se cause el impuesto, la encuentra concordante con las dos disposiciones transcritas, en especial, con el objetivo señalado en el Artículo 367 en el sentido de que, en lo posible, el impuesto se recaude dentro del mismo ejercicio en que se cause. La expresión "en lo posible" significa precisamente que la retención efectuada sobre el ingreso diferido puede aplicarse en el ejercicio en que el impuesto se cause.

Estas normas del Estatuto era preciso desarrollarlas en armonía con las relativas a la causación del impuesto, en especial el Artículo 27 conforme al cual "los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, sólo se gravan en el año o período gravable en que se causen" disposición ésta que indudablemente influye en la aplicación de los Artículos 373 y 374 sobre los saldos a cargo según la liquidación privada y la oficial, cuantía del anticipo (Art. 807) y saldos a favor cuya devolución pueda solicitarse, según el Artículo 850.

No hay contradicción con las normas anteriores como lo estima el actor, sino acomodo de cada uno de los eventos en ellos regulados al caso especial en que la percepción física del ingreso no coincide con el ejercicio de la causación del impuesto para hacer coincidir la aplicación de lo retenido en la fuente con este último y no con el primero, que es lo lógico porque la retención no es más que un medio de cancelar el impuesto.

Por ello la Sala concuerda con la apreciación de su colaboradora Fiscal en el sentido de que la frase final acusada del Artículo 17, lo que en definitiva contiene es una previsión respecto a una situación posible, generada por la actuación de quien realiza un pago en forma anticipada.

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:

NO SE ACCEDE A LAS SUPLICAS 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, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

INGRESOS DE FUENTE NACIONAL/RETENCION EN LA FUENTE–Improcedencia

La no causación del Impuesto de Renta por no considerarse ingresos de fuente nacional, se refiere a los intereses originados en créditos transitorios, a corto plazo, originados unos y otros en importación de mercancías, créditos destinados a la financiación o prefinanciación de exportaciones y créditos de los que trata el artículo 128 del Decreto 444 de 1967 extensivo el tratamiento, a los créditos señalados en los artículos 131 y 132 de tal estatuto. En el caso *sub-lite* como los créditos que originaron los intereses corresponden al artículo 132 del Decreto 444 de 1967 entonces no estaban sujetos a retención. (Período fiscal de 1980).

PROVISION NO DEDUCIBLE/VACACIONES–No deducibilidad/**DEDUCCION**–Improcedencia/**IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

Las provisiones deducibles están señaladas expresamente por el estatuto fiscal, sin que en ellas se incluyan las destinadas para "Fondo de Vacaciones" razón por la cual resulta improcedente su reconocimiento, así se encuentren correctamente contabilizadas en los libros principales y auxiliares. Sabido es, que una cosa es el registro de una partida y otra bien distinta que, ésta se acepta como deducción para efectos tributarios. (Período fiscal de 1980).

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3539. Actor: General Eléctric de Colombia. Impuesto Renta –Fallo–.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad GENERAL ELECTRIC DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de enero 18 de 1991, la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta y complementarios a cargo de la sociedad, por el período gravable de 1980.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previos requerimientos ordinario y especial, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la Liquidación Oficial No. 102321 de septiembre 23 de 1983 en la cual incrementó las rentas brutas declaradas por la sociedad en la suma de $5'305.769 como ingresos percibidos por concepto de honorarios e intereses, dejados de relacionar y de las deducciones propuestas, desestimó por omisión de requisitos de ley, las siguientes:

1. Intereses por	$149'546.512
2. Pagos al personal por	33'244.463
3. Otras compra-ventas por	3'060.556
4. Otras transacciones por	9'025.821
5. Vacaciones por	19'361.597

Por último, impuso sanción por inexactitud en cuantía de $4'244.615.

Recurrida la decisión oficial, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, a través de la Resolución 15 de enero 31 de 1985, desató el recurso de reposición, providencia que sometida al grado jurisdiccional de consulta fue confirmada por Resolución No. 675 del 25 de octubre del mismo año, proferida por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Las Oficinas de Impuestos en definitiva, aceptaron disminuir por improcedentes las adiciones efectuadas a las rentas declaradas por concepto de honorarios virtualmente recibidos de las sociedades GARCIA BARBONTI Y CIA S.C.S. por valor de $295.310 y de CROWN LITOMETAL S.A. por la suma de $542.327. Y por tratarse de un gasto debidamente probado y no de un ingreso, disminuyó la suma de $4'176.181 correspondiente a cancelación anticipada de intereses a GRANFINANCIERA S.A.

De las deducciones rechazadas admitió, la viabilidad de intereses pagados a entidades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria por valor de $110.853.680 y de pagos laborales la partida de $2'204.428 porque sobre esta suma, la sociedad acreditó el pago de aportes parafiscales.

Mantuvo los demás rechazos, por considerar que no había "relación de causalidad necesaria determinada comercialmente" y disminuyó proporcionalmente la sanción por inexactitud.

Ante la jurisdicción la reclamante solicita se declare la nulidad de los actos administrativos en cita y como consecuencia se restablezca el derecho de la sociedad, mediante una nueva liquidación en la cual se reconozca la deducción de las siguientes partidas:

$38'692.832	por concepto de intereses pagados al exterior
31.040.035	por concepto de pagos al personal
3.060.566	por concepto de otras compra-ventas
9'025.821	por concepto de otras sanciones y
19'361.597	por vacaciones causadas.

Pide igualmente se revoque la sanción que por inexactitud le fue impuesta a la empresa y como consecuencia de lo anterior se ordene la devolución de las sumas pagadas en exceso, así como el reconocimiento de intereses, desde que se hizo el pago hasta que se realice su devolución.

Cita y explica la violación de las siguientes disposiciones:

1o. El Artículo 10 del Decreto Legislativo 2366 de 1974.

2o. El Artículo 10 del Decreto 174 de 1975, en concordancia con el Artículo 72 del Decreto 2053 de 1974 y del Artículo 346 del C.S.T., al igual que el Artículo 28 del citado Código.

3o. El Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el Artículo 5o. del Decreto 1495 de 1978 y con el Decreto 2534 de 1980 y la Resolución 80 de 1978 de la DIN.

4o. El Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 y

5o. El Artículo 27 de la Ley 52 de 1977 y el 57 de la misma.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de enero 18 de 1991, aceptó parcialmente las pretensiones de la demanda. Teniendo en cuenta el dictamen pericial que solicitó el apoderado de la sociedad, aceptó las deducciones propuestas por concepto de "compraventas" y "otras transacciones" y mantuvo el rechazo de los *intereses pagados al exterior* y las *vacaciones causadas*, observando sobre estas últimas, que el concepto de causadas, respalda lo afirmado por la Administración Tributaria, de que se trata de una simple provisión o reserva no deducible de acuerdo a la ley.

Igualmente ratificó la sanción porque la pretendida omisión de la explicación sumaria, en la que se fundamentó aquélla, no fue acreditada por la demandante.

DE LA APELACION

El apoderado de la sociedad demandante no comparte la sentencia apelada y pide se revoque "en cuanto no reconoció como deducibles intereses pagados al exterior en cuantía de $25'606.196 y vacaciones causadas por valor de $19'361.597.

OPOSICION DE LA APELACION

La entidad demandada a través del apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la actora. Solicita se mantengan los puntos denegados por el *a-quo* porque la sociedad no ha demostrado, que los intereses pagados correspondan a los abonados al exterior, y la deducción por fondo de vacaciones causadas, como provisión que es, no guarda la relación de causalidad y de necesidad que exigen los Artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974.

Apela adhesivamente en relación con las erogaciones aceptadas en la sentencia por estimar, que ante la jurisdicción no es procedente aceptar pruebas distintas a las invocadas ante la vía gubernativa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, en su concepto de fondo, solicita se modifique la sentencia apelada.

Como dentro del expediente, dice, no está demostrado que los créditos que generaron los intereses pagados corresponden al tipo de crédito a que se refiere el Artículo 10 del Decreto 2366 de 1974, para liberarse de la obligación de retener en la fuente en el momento de realizarse el pago o abono en cuenta, la deducción no es procedente porque no está acreditada ésta.

En cambio solicita se acepte la viabilida de la deducción por concepto de vacaciones contabilizadas como reservas y que se consideran causadas dentro del año fiscal; como quiera que tienen éstas, última relación de causalidad con la actividad de la empresa y con sus compromisos laborales, y su registro contable está respaldado con los comprobantes de orden interno y externo tal como lo afirman los mismos peritos.

Pide además de acuerdo con lo anterior se reduzca la sanción.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1. DEDUCCION POR INTERESES $25.606.196.

Con fundamento en el dictamen pericial rendido ante la jurisdicción el apelante insiste, en el reconocimiento de los intereses pagados directamente al exterior por la suma de $11'442.947 y de los abonados por conducto de corresponsales colombianos por valor de $14'163.249, desistiendo en esta instancia de la partida de $13'086.636 correspondiente a otros gastos en el exterior como bodegajes e intereses moratorios a proveedores del exterior.

Por esta razón la partida inicial de $38'692.832 quedó reducida.

Ni la Administración Tributaria ni el *a-quo* objetaron las pruebas aportadas primero en la vía gubernativa y después ante la jurisdicción, para acreditar el pago de intereses al exterior. Las han cuestionado porque con ellas no se demuestra que los créditos que los originaron sean de aquellos registrados en la Oficina de Cambios del Banco de la República, y cuyos rendimientos no están sujetos a retención.

De acuerdo con los Artículos 14 y 64 del Decreto 2053 de 1974 y Artículo 10 del Decreto 2366 de 1974, la no causación del Impuesto de Renta por no considerarse ingresos de fuente nacional, se refiere a los intereses originados en créditos transitorios, a corto plazo, originados unos y otros en importación de mercancías, créditos destinados a la financiación o prefinanciación de exportaciones y créditos de los que trata el Artículo 128 del Decreto 444 de 1967 extensivo el tratamiento, a los créditos señalados en los Artículos 131 y 132 de este estatuto.

Aparece dentro del expediente y aportado con los anexos de la declaración de renta 1980, el certificado No. 55 expedido por la Oficina de Cambios del Banco de la República, al 11 de marzo de 1981, en donde se da cuenta de las líneas de crédito registradas en esa Oficina, de acuerdo con el Artículo 132 del Decreto Ley 444 de 1967 (fl. 000526), créditos entre los cuales se relacionan los correspondientes a: Northwestern National Bank of Mineapolis, First Wisconsin in National Bank of Milwakee, First National City Bank of Saint Louis, Tennan Guaranty International Ltd, Chase Bank International, Banco Real de Colombia – Panamá, Banco Internacional de Colombia (First National City Bank) entidades a las que la empresa pagó los intereses que solicitan se reconozcan.

Ante la jurisdicción el apoderado de la firma solicitó y el Tribunal decretó, inspección judicial sobre los libros de contabilidad de la compañía, con el fin de determinar si los intereses pagados al exterior por 1980, lo fueron con base en los créditos registrados en la Oficina de Cambios del Banco de la República y los peritos en su dictamen clasificaron los ahora soli-

citados, entre los pagados directamente a entidades del exterior por la suma de $11'442.947 y efectuados a: North National Bank, First Winsconsin National Bank, First National City Bank of Saint Louis y Tennan Guaranty International, y los abonados a Bancos Nacionales corresponsales de Bancos del Exterior por $14'163.249 y que corresponden a: Banco del Comercio como corresponsal de Chase Bank International-Miami, el Banco Internacional de Colombia como corresponsal de First National City Bank y al Banco Real de Colombia como corresponsal del Banco Real de Panamá.

Operaciones respaldadas las primeras, con 25 fotocopias de las licencias de cambio en las cuales, en parte, se lee:

> "Legalización de pagos efectuados en desarrollo del sistema previsto en el Artículo 2o. de la Resolución No. 51 de 1979 de la J.M., lo que significa, en los términos de la misma, que los giros de las divisas para pagos al exterior podían hacerse sin el requisito de la licencia de cambio individual, contra presentación de relación por parte del interesado certificado por Revisor Fiscal o Contador Público".

Y en las restantes se expresa:

> "Nosotros (Banco colombiano) declaramos bajo juramento que el objeto de la operación es el siguiente: remesar o reembolsar al beneficiario el valor correspondiente a INTERESES ocasionados por préstamos celebrados entre (nombre del Banco) y General Electric de Colombia S.A. o sobre créditos, importaciones, etc., fotocopias en las que se observan claramente los sellos, fechas, etc.". (fls. 1 al 28 C.P.)

Los pagados a Bancos Nacionales corresponsales de Bancos del exterior, se comprueban con tres fotocopias de los tres certificados expedidos por los bancos: Banco del Comercio, Banco Internacional de Colombia y Banco Real de Colombia (fls. 160 a 163 y 176 a 177 C.P.) aclarando sobre este último, como lo hacen los peritos contables, que sí se presentó en papel con membrete y sellos del Banco.

Así las cosas, considera la Sala que las pruebas en cuestión son suficientes para aceptar la procedencia de los intereses pagados al exterior que por la suma de $25'606.196 solicita en esta oportunidad el apelante. Está demostrado que los créditos que originaron los intereses son de los que corresponden al Artículo 132 del Decreto 444 de 1967 y siendo así los intereses no estaban sujetos a retención, por cuya omisión fueron rechazados.

2. VACACIONES CAUSADAS POR $19'361.597.

Interpretando armónicamente los Artículos 15, 45 y 55 del Decreto 2053 de 1974, los declarantes tienen derecho a restar de la renta bruta, los

gastos realizados o causados en el ejercicio o período gravable, en desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que sean necesarias y proporcionadas dentro del giro ordinario del negocio, sin perjuicio claro está, del cumplimiento de los requisitos que para cada expensa específicamente exige la ley.

Las provisiones deducibles están señaladas expresamente por el estatuto fiscal, sin que en ellas se incluyan las destinadas para "Fondo de Vacaciones", razón por la cual resulta improcedente su reconocimiento, así se encuentren correctamente contabilizadas en los libros principales y auxiliares, como lo expresan los señores peritos en el dictamen rendido con base en aquéllos, ante la jurisdicción. (fls. 129 a 132 Ant. Ad.). Sabido es, que una cosa es el registro de una partida y otra bien distinta que, ésta se acepta como deducción para efectos tributarios. (El impuesto de renta causado o pagado, según el caso, por ejemplo, es un gasto que debe contabilizarse en los libros de comercio de la empresa, como erogación que afecta el estado de Pérdidas y Ganancias de la compañía, pero sin efecto en materia fiscal, como quiera que por disposición legal no está ubicado éste dentro de los tributos deducibles).

Dentro de las deducciones solicitadas por la sociedad, la contribuyente relacionó, primero, en los "pagos al personal laborales" y "vacaciones acumuladas" el total de $19'517.524, partida que corresponde a las vacaciones "causadas" y pagadas en el año, (anexos: C-00 pág. 214, C-01, pág. 191 y C-03, pág. 438) y después, en el anexo C-05, pág. 440, "Aportes de la compañía al "Fondo de Préstamos de Emergencia" y "Vacaciones para Trabajadores" por valor total de $29'496.550 correspondiendo de ésta a "Vacaciones" la suma de $19'361.397 como lo demuestra el anexo 10 págs. 104 a 134 Ant. Ad., en donde se anotó *la reserva para 1980.*

De lo expuesto es claro entonces que la Administración Tributaria rechazó aún cuando con otras palabras (requerimiento especial – liquidación oficial, fls. 259 y 111 numerador verde) por la misma razón, no fueron las vacaciones causadas y pagadas en el ejercicio fiscal 1980, sino la "RESERVA" que por el mismo año y para tal fin se constituyó, utilizando el mismo término del cuadro que remitió para el efecto la compañía o, la "PROVISION", como lo señalan los señores peritos.

Tampoco puede admitir la Sala, que esta partida tenga la calidad de aporte a un fondo obligatorio con destinación específica, en los términos de "Convención Colectiva de Trabajo", celebrada entre la empresa reclamante y el "Sindicato Nacional de Trabajadores de General Electric de Colombia S.A.", porque ni siquiera en la copia que se remitió de aquélla se hizo alusión a él.

Así las cosas, comparte la Sala la decisión que sobre el particular profirió el *a-quo.*

De otra parte, como la apoderada judicial de la demandada apela porque el *a-quo* aceptó algunos hechos controvertidos, con pruebas que no se hicieron valer en la vía gubernativa, es preciso recordar que esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido con relación a las pruebas allegadas en el proceso contencioso, el siguiente criterio:

> "El Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo al remitirse al sistema previsto en el Código de Procedimiento Civil en lo tocante a la admisión de los medios de prueba, práctica y valoración, suprimió la restricción probatoria contenida en la Ley 167 de 1941 en el Artículo 278 que solo permitía estimar las aducidas en la actuación gubernativa, o la que tuviera por objeto complementarlas, aclararlas o mejorarlas. Mientras que el nuevo procedimiento abre incluso la posibilidad para decretar de oficio, las que el fallador estima necesarias para llegar a la verdad real, aunque con las restricciones en la segunda instancia, en los casos señalados en el Artículo 214 del C.C.A." (Exp. 3082, agosto 9 de 1991, actor: Tintorería Asitex)

En cuanto a la sanción por inexactitud, que la señora Fiscal solicita se reduzca, en la medida en que se acepten las pretensiones de la sociedad, se mantendrá en la cuantía determinada en la sentencia ($233.562), en atención a que este aspecto no fue objeto del recurso de apelación, el cual según expresa manifestación del memorial sustentatorio se limitó a "solicitar que se revoque la sentencia apelada, en cuanto no reconoció como deducibles intereses pagados al exterior en cuantía de $25'606.196 y vacaciones causadas en cuantía de $19'361.597 y, en su lugar, se acepten tales partidas".

Por lo anteriormente expuesto, se practica una nueva liquidación de impuestos en los siguientes términos:

RENTA	BASE	IMPUESTO
La gravada en la Resolución 15 de enero 31/85	$154'843.527	
ACEPTADO:		
Descuentos por compra-ventas y otras transacciones.....$12'086.387		
Intereses reconocidos .....$25'606.196	37'692.583	
RENTA GRAVABLE	117'150.944	$46.860.377
Menos: Descuentos Tributarios.....		608.440
IMPUESTO NETO DE RENTA.....		$46'251.937
IMPUESTO DE GANANCIAS OCASIONALES.....		10.998
TOTAL IMPTO RENTA Y GANANCIAS OCASIONALES		$46'262.935
Más: SANCION POR INEXACTITUD		233.562
TOTAL A CARGO		$46'496.497

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de enero de 1991.

2o. En su lugar y de conformidad con la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia, FIJASE en la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($46'496.497), el valor del Impuesto sobre la Renta y complementario de Ganancias Ocasionales y sanción por inexactitud que le corresponde pagar a la sociedad GENERAL ELECTRIC DE COLOMBIA S.A., NIT: 60.002.576, por el año gravable de 1980.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/BASE GRAVABLE/IMPORTACIONES/ DERECHOS DE ADUANA/IMPUESTO DE IMPORTACION

Es evidente, que al efectuarse equivalencia entre los términos derechos de aduana y derechos de importación, para efectos de liquidar la base del impuesto sobre las ventas, se amplió la base que existía, con los impuestos de importación los cuales no formaban parte de la base que determinó el legislador en el Decreto 1988 de 1974 al referirse únicamente a la base única de los derechos o impuestos de aduanas. En efecto los derechos de aduana son diferentes a los impuestos o derechos de importación cada uno de ellos con bases propias para liquidarlos, hecho que se establece aún más con la vigencia de la Ley 75 de 1986 en la cual se modificó la base para determinar el impuesto sobre las ventas en las importaciones. ANULANSE los Decretos 628 de 1985 y 3312 de 1985, que expresan: Decreto 628 de febrero 28 de 1985: Artículo 1o. Adiciónase el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984 con el siguiente parágrafo: Parágrafo: Para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, la expresión derechos de aduana es equivalente a la expresión derecho de importación definida en el artículo 1o. de este Decreto. Decreto 3312 de noviembre 14 de 1985, en la parte que expresa: "Derechos de aduana. Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente sobre la importación o exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación, o exportación, o que en cualquiera otra forma tuvieren relación con tales operaciones. En consecuencia, la expresión "Derechos de Aduana" así determinada corresponde para todos los efectos, a la expresión "Derechos de Importación o Exportación" según el caso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente Nro. 0107. Actor: Guillermo Chahín Lizcano. Autoridades Nacionales (Suspensión Provisional). Fallo.

Decide la Sala la demanda en la cual los ciudadanos Guillermo Chahín Lizcano y Felix Hoyos Lemus, instauraron acción pública de nulidad contra el Decreto Reglamentario 628 de fecha 28 de febrero de 1985, mediante el cual se adiciona el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984, para señalar la equivalencia entre la expresión "derechos de aduana" y "derechos de importación", para efectos de determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas.

ANTECEDENTES:

1o.– El auto de fecha 25 de septiembre de 1985, en Sala Unitaria, se admitió la demanda instaurada y se decidió sobre la suspensión provisional del Decreto 628 de 1985, objeto de esta acusación decretándola;

2o.– Mediante memorial de fecha octubre 18 de 1985, el representante de la Dirección de Impuestos Nacionales interpuso recurso de súplica contra el auto anterior;

3o.– El expediente en este estado del proceso, se destruyó en los nefastos hechos del Palacio de Justicia, por lo que los demandantes solicitaron su reconstrucción en memorial de fecha 18 de febrero de 1986;

4o.– En auto de fecha 15 de agosto de 1986, se ordenó la reconstrucción del expediente y también se ordenó dar trámite al recurso de súplica pendiente de fallo antes de la desaparición del expediente;

5o.– Por auto de fecha 29 de octubre de 1986, la Sala de decisión se pronunció con relación al recurso de súplica, confirmando el auto recurrido y dejando en firme la suspensión provisional;

6o.– El 14 de noviembre de 1985, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3312 de 1985, definiendo los derechos de aduana y estableciendo equivalencia entre éste concepto y los de Derechos de Importación o Exportación, para todos los efectos;

7o.– En memorial de fecha 6 de noviembre de 1986, los actores solicitaron suspensión provisional del artículo 1o. del decreto en mención y en auto de fecha agosto 14 de 1988, se negó la misma;

8o.– Contra este auto, uno de los demandantes presentó recurso de súplica, y por auto de fecha 1o. de julio de 1988, la Sala de decisión, revoca el auto apelado y accede a la suspensión provisional del citado decreto;

9o.– En memorial de fecha 15 de julio de 1988, el representante del Ministerio de Hacienda pide aclaración del auto de fecha 1o. de julio en el sentido de observar si los efectos de la suspensión provisional son de carácter general o solamente recae en la liquidación del impuesto sobre las ventas. Por auto de fecha 29 de julio del mismo año, la Sala aclara que los efectos de dicho auto son en relación a la determinación de la base de liquidación del impuesto sobre las ventas.–

NORMAS ACUSADAS:

Decreto 628 de febrero 28 de 1985:

"Artículo 1o. Adiciónase el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984, con el siguiente parágrafo:

"PARAGRAFO: Para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, la expresión derecho de aduana es equivalente a la expresión derechos de importación definida en el artículo 1o. de este decreto".

Decreto 3312 de 1985 en cuanto que reprodujo la norma anterior. Dijo:

"Artículo 1o.: Derechos de aduana: Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fija o se exija, directa o indirectamente, sobre la importación o exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación a dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación o exportación, o que en cualquier otra forma tuvieren relación con tales operaciones".

"EQUIVALENCIAS: En consecuencia, la expresión Derechos de Aduana, así determinada corresponde para todos los efectos, a la expresión derechos de importación, según el caso".

NORMAS VIOLADAS:

La demanda señala tres clases de normas transgredidas, así:

1o.– Constitución Política de Colombia en sus artículos 2, 43, 55 y 76 (en su cláusula general de competencia y en sus ordinales 13, 14 y 22), 120 (ordinales 3o. y 22) y 205.–

2o.– Las leyes 6a. de 1971 (artículo 3o.), 67 de 1979; 49 de 1981 y 48 de 1983, las tres últimas en todos sus artículos.–

3o.– Los Decretos-Leyes 1988 de 1974 (artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19) y el 3541 de 1983 (artículo 10).–

CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Destaca la demanda en primer lugar, que el decreto 628 de 1985, es un decreto reglamentario sin aptitud jurídica para contener disposiciones de carácter legislativo, en razón de las normas superiores que en el mismo se invocan como su fundamento.–

Se explica, que las leyes 6a. de 1971, 67 de 1979, y 48 de 1983 tienen fundamento en el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución (que da origen a las llamadas leyes-marco) y su desarrollo y reglamentación compete al Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada, que establece el ordinal 22 del artículo 120; que la ley 49 de 1981, que también se invoca como fundamento del acto acusado, es una ley aprobatoria de un tratado público internacional y su reglamentación y ejecución corresponde hacerlas al Presidente en ejercicio de la facultad reglamentaria común del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución vigente hasta el 4 de julio de 1991.–

Observan, que como las leyes invocadas no tienen el carácter de leyes de autorización, ni de facultades extraordinarias (ordinales 11 y 12 del artículo 76 C.N.), es forzoso concluir que el Decreto 628 de 1985, carece de fuerza legislativa y se actúa en el nivel jerárquico que corresponde a los decretos reglamentarios.–

Se advierte, que de conformidad con los artículos 43 y 76 de la Constitución Nacional, la función legislativa en materia impositiva corresponde exclusivamente al Congreso y solo por excepción aquel puede dar facultades al Presidente de la República para ejercer esa función, que significa que en Colombia solo pueden establecerse impuestos o contribuciones por disposición de la ley. (Consejo de Estado, sentencia de mayo 19 de 1971 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta).–

Que la Ley 6a. de 1975 expedida en desarrollo de la disposición constitucional del artículo 205, en armonía con el ordinal 22 del artículo 76, comunmente denominada como la ley marco de aduanas, solamente faculta al gobierno para regular lo concerniente al monto de la tarifa arancelaria,

por lo cual, en manera alguna esta ley puede servir como fundamento de regulaciones diferentes a los arancelarios. Trae a colación sentencia del Consejo de Estado del 16 de diciembre de 1979, referida a la nulidad de un decreto que invocando las facultades de la Ley 6a. de 1971, como ahora lo hace el Decreto 628 de 1985, pretendía legislar sobre el impuesto sobre las ventas.—

De la confrontación entre las normas violadas y las acusadas, los demandantes hacen las siguientes precisiones:

Que el Decreto 628 de 1985, al disponer la forma como se determina la base gravable para determinar el impuesto sobre las ventas en las importaciones, legisló sobre un aspecto estructural del impuesto lo que implica una indebida intromisión del ejecutivo en la órbita de competencia del Congreso, con lo cual se violan los artículos 2o. y 55 de la Constitución Nacional.—

Que al señalarse el ordinal 22 del artículo 120 de la C.N., como fundamento de sus poderes reglamentarios, se incurre en violación de las mismas, porque no es cierto que en ella se autorice o concede al Presidente, o autorice al Congreso para que éste delegue al Presidente facultad alguna para regular aspectos concernientes al impuesto sobre las ventas, tan solo lo autoriza para que con sujeción a las correspondientes leyes marco, modifique la tarifa arancelaria.

Que las leyes marco invocadas como fundamento, Ley 6a. de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983 (con excepción de la Ley 49 de 1981 que es una ley aprobatoria de un tratado público) expedidas en desarrollo de lo previsto en el ordinal 22 del artículo 76 de la C.N., sólo permiten un poder reglamentario ampliado en relación con los temas específicos y taxativamente enunciados en tales normas constitucionales, y entre dichos temas no figura por parte alguna el relativo al impuesto sobre las ventas.

Que el Decreto 628 de 1985, norma demandada, invadió la esfera de la Ley al tratar sobre situaciones relativas al impuesto sobre las ventas, que ya había sido objeto de tratamiento por parte de normas con fuerza de Ley, los Decretos 1988 de 1974 y 3541 de 1983, por lo que al asumir el Gobierno que tiene facultad para legislar sobre la base gravable del impuesto a las ventas, viola las normas superiores citadas.—

LA PARTE OPOSITORA:

El representante del Ministerio de Hacienda, manifiesta que el acto acusado (Decreto 628 de 1985) no modifica el impuesto sobre las ventas.—

Explica, que de conformidad con el artículo 14 del Decreto 1988 de 1974, norma vigente en la fecha en que entró a regir el Decreto 3541 de

1983, señala como base gravable para determinar el impuesto a las ventas en las importaciones, la base para determinar los derechos de aduana adicionada con tales derechos.–

Que el artículo 2o. de la Ley 79 de 1931, de la Legislación aduanera, trae la única definición de derechos de aduana, la cual incluye absolutamente todos los tributos que tuvieren por hecho generador directa o indirectamente una operación de comercio exterior.–

Que el ejecutivo al dictar el Decreto 2666 de 1984, sustituyó la expresión de derechos de aduana (Ley 79 de 1931) por la de derechos de importación y que por eso el artículo 331 ibídem, señaló la equivalencia entre los dos conceptos derechos de aduana del artículo 2o. de la Ley 79 de 1931 y derechos de importación del artículo 1o. del Decreto 2666 de 1984.–

Que en consecuencia para liquidar el impuesto sobre las ventas en las importaciones, los derechos de aduana de que allí se trata es el mismo definido por el artículo 2o. de la Ley 79 de 1931 o el definido como derecho de importación por el Decreto 2666 de 1984.–

EL MINISTERIO PUBLICO: La doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Fiscal Sexto emite su concepto en este proceso con las siguientes argumentaciones:

Destaca en primer lugar, que por disposición del artículo 43 de la Constitución Nacional, el poder impositivo del Estado corresponde exclusivamente al Congreso (poder originario) y a las Asambleas y Concejos Municipales (poder derivado) por lo cual el ejecutivo no puede en forma ordinaria crear, suprimir o modificar tributos. Que la facultad que le asigna el ordinal 22 del artículo 120 de la C.N., al Presidente de la República de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 de la C.N.", es específica y está restringida a estas materias, por lo que considera, que no es lícito que so pretexto de ejercer esta atribución se inmiscuya el Presidente en materia ajena cuya competencia corresponde a otra rama del poder público.–

Sentado esto, entra a analizar el aspecto central en el que la parte opositora basa la defensa, que el Decreto 628 de 1985, cuya nulidad se pide, no modifica la base gravable del impuesto sobre las ventas, en las importaciones:

Observa que el Decreto 1988 de 1974, señaló los elementos sustanciales del impuesto sobre las ventas y en su artículo 14 dispuso que "en el caso de mercancía importada, la base para liquidar el impuesto es la misma de los derechos de aduana adicionada con tales derechos" y que el Decreto 3541 de 1983, que restructuró el impuesto, no hizo modificación alguna a este

elemento al disponer "en el caso de importaciones se aplicará la base gravable prevista en las normas vigentes" es decir la base señalada en el artículo 14, del Decreto 1988 de 1974.

Considera que al referirse el Legislador a los "derechos de aduana" el legislador del impuesto sobre las ventas, se refirió a la noción traida por la Ley 62 de 1931 y no a la definición que trae el artículo 2o. de la Ley 79 de 1931 por las siguientes razones de orden legal:

Que la ley 62 de 1931, es la norma sustancial del tributo, en tanto que la definición de la ley 79 del mismo año, es adjetiva y tendiente únicamente a señalar el sentido de las expresiones utilizadas en el estatuto de procedimiento aduanero.—

Que el artículo 14 del Decreto 1988 de 1974, se remitió a la base para liquidar los derechos de aduana, es decir, a una base única, y no puede ser una base única, la base de los emolumentos, tan numerosas como disímiles, de la ley 79.—

Anc a, que así lo entendió la Dirección General de Impuestos Nacionales al ar aplicación al Decreto 1988 de 1974, liquidando el tributo de ventas s bre el valor CIF de la mercancía importada más los derechos arancelarios.

Agrega, que posteriormente el Decreto 2666 de 1984, definió como derechos o impuestos de aduanas los gravámenes que figuren en el arancel y como derechos de importación o exportación los derechos de aduana y cualquiera otros impuestos o contribuciones que se perciban con motivo de la importación o exportación de mercancías. Es decir, que se hizo distinción entre lo genérico, derechos de importación y exportación y lo específico "derechos o impuestos de aduanas" cuya norma sustancia se encuentra en el artículo 1o. del Decreto 895 de 1980 que prescribe: "Las mercancías extranjeras que entren al territorio colombiano quedarán sometidas al pago de los derechos de aduana establecidos por el presente arancel, de acuerdo con las prescripciones de la Legislación Aduanera del País".—

Considera, que el Decreto 628 de 1985, mediante el cual se adicionó el Decreto 2666 de 1984 con el objeto de disponer que para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas de debía hacer equivalencia entre las expresiones de "derecho de aduana" del Decreto 1988 de 1974, y "derechos de importación" del Decreto 2666 de 1984, adicionó la base gravable prevista por la ley con el valor de todos los gravámenes diferentes a los de arancel y el de las demás contribuciones percibidas con motivo de la importación y además hizo imposible su estricta aplicación, por cuanto la base que según el artículo 14 del Decreto 1988 de 1974 es única, pasó a ser múltiple por comprender varios gravámenes, e indeterminada, por cuando no todos ellos tienen la misma base imponible.—

Advierte, finalmente, que las normas acusadas no tienen hoy vigencia, por cuanto a partir de la ley 75 de 1986, el Legislador modificó la base impositiva del impuesto sobre las ventas en las importaciones determinándola como el valor CIF de los bienes importados, incrementado con el valor de los gravámenes arancelarios y de los impuestos a las importaciones, es decir, que en este texto se diferencia el gravamen arancelario y el impuesto a las importaciones, con lo cual se aporta una razón adicional para sustentar la nulidad del decreto 628 de 1985.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Señora Fiscal, emite concepto favorable a las peticiones de la demanda.–

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer lugar, observa la Sala, que la norma acusada es de naturaleza abstracta y de contenido general, que no produce por sí misma un efecto concreto; sin embargo, ha podido producir por su aplicación, o falta de aplicación, situaciones jurídicas concretas, que aún pueden encontrarse subjudice por la interposición de recursos gubernativos o jurisdiccionales contra actos adminstrativos que en su vigencia se hubieren producido.–

Entonces, no obstante que la norma acusada a partir de la Ley 75 de 1986, perdió vigencia, es necesario en aras de la seguridad jurídica, hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Observa la Sala, que el tema debatido radica fundamentalmente en precisar si la norma acusada, el artículo 1o. del Decreto 628 de 1985, modificó o no la base gravable para determinar el impuesto sobre las ventas, en las importaciones; de lo cual se deriva la legalidad o ilegalidad de la misma.–

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 53 de la Ley 9a. de 1983, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3541 de 1983, en desarrollo del cual debía actualizarse y armonizarse el impuesto sobre las ventas con la situación económica del país, en virtud del cual podía ampliar la base tributaria (literal b).

No obstante estas facultades, el Legislador no introdujo reformas sustanciales en la estructura general del impuesto sobre las ventas, manteniendo los mismos lineamientos consagrados por el Decreto 1988 de 1974, en cuanto a hecho generador, base gravable y causación del impuesto. Así en el caso, de las importaciones el mencionado decreto en su artículo 10 consagró: "En el caso de las importaciones se aplicará la base gravable prevista en las normas vigentes". Es decir, que el Legislador de esta época no modificó la base gravable existente en las importaciones, a pesar de tener facultades para ello.–

Para la fecha de expedición del Decreto 3541 de 1983, las normas vigentes que determinaban la base gravable en las importaciones para efectos del impuesto sobre las ventas, era:

Decreto 1988 de 1974, el cual en su artículo 14 consagró: "Mercancías importadas. En el caso de las mercancías importadas, la base para liquidar el impuesto es la misma de los derechos de aduana adicionada con tales derechos".—

Decreto Reglamentario 2815 de 1974, que consagró en su artículo 5o.: "En el caso de importación la base para liquidar el gravámen será la misma que se tiene en cuenta para liquidar los derechos de aduana, adicionada con tales derechos. Cuando por razón de las normas que regulan el gravámen de aduanas, la mercancía esté exenta de dichos derechos, la base para liquidar el impuesto sobre las ventas no contendrá tal rubro".—

Es evidente, que para reconocer cuales son los derechos de aduana a que se refiere el Legislador del impuesto sobre las ventas, debe acudirse a la Legislación aduanera, como quiera que en ella se establece la base para liquidar los derechos de aduana, que a su vez es la base para determinar el impuesto sobre las ventas en cuanto a las importaciones se refiere.—

En efecto, estima la Sala que tal y como lo manifiesta la Fiscalía, es la Ley 62 de 1931 la que señala la base única a que se refiere el Legislador del impuesto sobre las ventas, al establecer en su artículo 1o.: "Las mercancías extranjeras que entran al territorio Colombiano y las mercancías Nacionales que se exporten, quedarán sometidas al pago de derechos de aduanas de acuerdo con las siguientes tarifas y las prescripciones aduaneras del país". Estos derechos reemplazarán a los que rigen en la actualidad, los recargos legales y el tres por ciento de los derechos consulares".—

Se observa, que la disposición en cita sí contiene una base única para determinar el valor de los derechos de aduanas por concepto de importación de mercancías, mientras que el artículo 2o. de la ley 79 de 1931, sobre la que se basa la parte opositora, no contiene base alguna del tributo "derechos de aduana", sino simplemente una definición de tipo conceptual, que no puede tomarse en cuenta para efectos del impuesto sobre las ventas, toda vez que el artículo 14 del Decreto antes referido, claramente señala como base para liquidar el impuesto a las ventas, la misma base para liquidar los derechos de aduana, ello demuestra, que a la norma que debemos remitirnos es a la que establezca dicha base, o sea al citado artículo 1o. de la ley 62 de 1931.—

Con base en este criterio, se tiene entonces que la base para efectos del impuesto sobre las ventas en lo relacionado con las importaciones, será el valor CIF de la mercancía más los derechos arancelarios sobre cuyo resultado

se aplicará la tarifa del impuesto sobre las ventas, o sea que sólo involucra dichos conceptos, en vigencia del Decreto 1988 de 1974.–

Conforme lo manifiestan los demandantes, éste criterio quedó plasmado en el concepto Nro. 017 del 28 de febrero de 1980, originario de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos, al considerar:

"De las disposiciones anteriores se desprende que los impuestos o recargos de Proexpo y el comunmente conocido de Fedecafé se liquidan directamente sobre el valor CIF, sin incluir el gravamen arancelario y tampoco hace parte de la base para liquidar el impuesto sobre las ventas ya que ésta se conforma por el *resultado de sumarle al valor CIF los derechos de aduana o arancelarios*".

Ahora bien, el Decreto 2666 de 1984, posterior a las normas citadas anteriormente, definió como derechos o impuestos de aduanas, los gravámenes que figuren en el arancel y como derechos de importación los derechos de aduana y cualquier otro impuesto o contribuciones que se perciban con motivo de la importación o exportación de mercancías; es decir, que distinguió entre los derechos o impuestos de aduanas y los derechos o impuestos de importación, o como lo sostiene la Fiscalía, hizo distinción entre lo genérico (derechos de importación) y lo específico (derechos o impuestos de aduanas).–

El decreto 628 de 1985 objeto de la nulidad alegada, mediante el cual se adicionó el artículo 331 del citado decreto 2666 de 1984, consideró que para determinar la base del impuesto sobre las ventas, se debía hacer equivalencia entre la expresión "derechos de aduana" y la expresión "derechos de importación" definida en el artículo 1o. del Decreto 2666 de 1984.–

Es evidente, que al efectuarse equivalencia entre los términos derechos de aduana y derechos de importación, para efectos de liquidar la base del impuesto sobre las ventas, se amplió la base que existía, con los impuestos de importación los cuales no formaban parte de la base que determinó el legislador en el Decreto 1988 de 1974 al referirse únicamente a la base única de los derechos o impuestos de aduanas, tal y como quedó demostrado en los ácapites anteriores.–

En efecto, los derechos de aduana son diferentes a los impuestos o derechos de importación, cada uno de ellos con bases propias para liquidarlos, hechos que se establece aún más con la vigencia de la Ley 75 de 1986, en la cual se modificó la base para determinar el impuesto sobre las ventas en las importaciones determinándola en el valor CIF de la mercancía incrementado con los derechos o impuestos de aduana; y los derechos de importación, estos últimos sustituidos por uno solo, equivalente al 18% del valor CIF.

En esta forma no cabe la menor duda, que el Decreto 628 de 1985, modificó la base gravable del impuesto sobre las ventas en las importaciones, incurriendo en todas las violaciones legales señaladas por los demandantes, toda vez que siendo un decreto reglamentario, dada su naturaleza jurídica, no era viable a través de él introducir la modificación observada, que solo podía verificarse en desarrollo de leyes de autorización o de facultades extraordinarias de los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional.–

Además las leyes marco en las que se fundamentó el mismo, se refieren exclusivamente a cuestiones arancelarias, no siendo por ello procedente a través de éstas modificar el impuesto sobre las ventas, toda vez que aquéllas tienen restringido su desarrollo a esas materias no siendo en consecuencia viable hacerlo extensivo a otros tributos.–

Conforme lo advierten los demandantes, esta Corporación al decidir un caso similar en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1979, con ponencia del Dr. Enrique Low Murtra (Q.E.P.D.) puntualizó:

> "En efecto en Decreto 1464 de 1973 se refiere exclusivamente a cuestiones arancelarias y no puede hacerse extensivo al impuesto de ventas, pues se trata de dos tributos diferentes, con fines sociales y económicos distintos y regidos por principios constitucionales devergentes. Es así como el artículo 120, numeral 22 en concordancia con el artículo 205 de la carta consagra una amplia facultad discrecional en materia de gravámenes arancelarios, al paso que tanto el régimen como las exenciones de impuestos a las ventas se sujetan al principio inalienable de la legalidad de los tributos".

Así mismo, observa la Sala que el Decreto 3312 de 1985, mediante el cual se reprodujo en esencia el Decreto 628 de 1985, en virtud de lo cual se produjo igualmente su suspensión provisional en auto de 1o. de julio de 1988, debe igualmente declararse su nulidad, teniéndo en cuenta los mismos argumentos expuestos con anterioridad en lo referente con el citado Decreto 628 de 1985, toda vez que en él se evidencia tal como ya lo consideró la sala de decisión al resolver sobre su suspensión provisional, su ilegalidad conforme a la norma contenida en el artículo 158 del C.C.A. al reproducir un acto anulado o suspendido por esta jurisdicción, pero se anula solo en lo pertinente, valga decir el artículo primero del Decreto 3312 lo relativo a derechos de aduana tal como se dijo en auto de fecha septiembre 24/85; el Decreto 3312 de 1985 textualmente dice:

> "Derechos de aduana"
>
> "Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes de cualquiera clase que sean y todo pago que se fije

o exija, directamente o indirectamente sobre la importación o la exportación de mercancías a territorios aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para la importación o exportación, o que en cualquiera otra forma tuvieren relación con tales operaciones". "En consecuencia, la expresión "Derechos de Aduana" así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión "Derechos de Importación o de Exportación" según el caso".

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:

Anúlanse los Decretos 628 de 1985 y 3312 de 1985, que expresan:

Decreto 628 de febrero 28 de 1985:

"Artículo 1o. Adiciónase el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984 con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo: Para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, la expresión derechos de aduana es equivalente a la expresión derecho de importación definida en el artículo 1o. de este Decreto".

Decreto 3312 de noviembre 14 de 1985, en la parte que expresa:

"Derechos de Aduana.

"Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fie o se exija, directa o indirectamente sobre la importación o exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación o exportación, o que en cualquiera otra forma tuvieren relación con tales operaciones".

"En consecuencia, la expresión "Derechos de Aduana" así determinada corresponde para todos los efectos, a la expresión "Derechos de Importación o Exportación" según el caso".

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya*, Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INSPECCION TRIBUTARIA/LEY ESPECIAL/REQUERIMIENTO ESPECIAL

En ninguna parte del ordenamiento jurídico impositivo o general, se prescribe un requerimiento previo a la visita de inspección. En la materia de que tratan los artículos 247, 283, 284 y 285 del C. de P.C., es previsible el decreto de la exhibición documentaria, pero no propiamente como "requerimiento" o formalidad de la inspección misma, sino de la exhibición, dentro de un procedimiento claramente incompatible con las reglas tributarias especiales, que no prevén el trámite de la exhibición y respecto de la cual no cabría aplicar el artículo 42 de la Ley 52 de 1977, dado que el requerimiento ahí contemplado se predica exclusivamente de la liquidación de revisión, no de inspecciones contables o de exhibición de documentos. Si el examen contable da lugar a una liquidación de revisión, a ésta (y no al examen) debe preceder un requerimiento.

REGALIAS/DEDUCCION–Requisitos/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Una prestación en regalías que revierte, por contraprestación en primas, a las mismas personas físicas o societarias, directa o indirectamente, desnaturaliza no solamente los criterios de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad, sino la propia noción de gasto, entendiendo por éste, en el caso específico de las regalías, el desembolso susceptible de constituir renta bruta de capital para el beneficiario. El pago de regalías a los accionantes, no solamente hacen de la erogación una especie de inversión recuperable ajena a la índole del gasto, porque en tal caso, no constituiría renta bruta real para el beneficiario, sino que se traduce, indiscutiblemente en la creación de un desembolso innecesario, que si bien supone efectos "interpartes" por el principio de la normatividad de las cláusulas contractuales, no es oponible a la administración tributaria. (Período fiscal 1980).

LIBROS DE CONTABILIDAD–Ineficacia/**INSPECCION TRIBUTARIA/ SANCION POR LIBROS**

Una contabilidad sin comprobantes, de suyo incompleta, no deja de ver la "debida correspondencia" entre asientos y comprobantes, no permite el efectivo control de fiscalización, ni en conclusión prueba ni "refleja" las operaciones asentadas, de donde, una contabilidad en esas condiciones no refleja el verdadero movimiento del negocio. Asimismo una visita de inspección, no descalifica a perpetuidad los libros y efectos de comercio y que solo en el caso de la negativa absoluta a la exhibición se impondría al contribuyente la prueba de sus transacciones por medios diferentes a su contabilidad; si fuera cierto que las complementaciones o correcciones efectuadas después de concluida la visita, hicieran desaparecer los presupuestos de la multa, evidentemente sobrarían las normas relativas a su determinación y aplicación y a la preclusividad de los respectivos términos.

PRUEBA CONTABLE – Ineficacia / **CONTADOR PUBLICO / CERTIFICACION CONTABLE**

En el caso *sub-lite* el certificado del revisor fiscal, no era suficientemente explícito respecto de la afectación real de la renta bruta por tal concepto y su contabilidad y soporte documental y una certificación como la exhibida que no precisa los libros, asientos y soportes contables comprometidos en las transacciones, con indicación de folios, fechas y números de orden, ni da razón de la imputación del item a ingresos o activos del respectivo período, no prueba debidamente las partidas a que se refiere, así esté firmada por revisor fiscal o contador público acreditado.

LEY PENAL – Inaplicabilidad / **POLICIA ADMINISTRATIVA / SANCION TRIBUTARIA**–Régimen aplicable.

En cuanto a la aplicación de la ley penal en materia tributaria, se tiene que ni por la índole de la sanción o del procedimiento, no del control jurisdiccional del acto sancionatorio, surge elemento penal alguno que deba tratarse con arreglo a las codificaciones invocadas, toda vez que lo que se pretende prevenir y rectificar son determinados comportamientos de orden estrictamente administrativo, lesivos del interés económico del Estado, y no conductas antisociales, generalmente reprimidas por medidas restrictivas de la libertad personal, y también, que la gestión administrativa exige objetividad, para que sea cumplida y eficaz, propósitos que se harían nugatorios subordinando el control de gestión a la prueba de elementos subjetivos, como el dolo o la culpa.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3189. Apelación sentencia de 26 de mayo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos, S.A., Cadenalco. Fallo.

La sociedad GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS, S.A., CADENALCO, la actora, mediante apoderado, apela de la sentencia de primer grado, de 26 de mayo de 1990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el contencioso de restablecimiento en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1980, promovido contra la liquidación de revisión 1307 de 8 de julio de 1983 y las resoluciones 0386 y 0156 de 21 de junio y 31 de julio de 1985, expedidas, las dos primeras, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín y, la última, en grado de consulta, por la Subdirección Jurídica, División Delegada de Medellín, de la Dirección de Impuestos Nacionales.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

El acto liquidatorio, al que había precedido informe de visita contable y requerimiento especial, reformó, de la liquidación privada, el ítem de patrimonio, por adición de "créditos activos" ($245.710) y "depósitos en ahorros" ($402.628) y el rechazo de "compras" ($394.634), "asesoría técnica" ($1.320.000), "intereses sobre obligaciones extrabancarias" ($78. 373.212), "consumo energía" ($1.308.074), "trasteos" (860.319), "propaganda" ($2.562.899), "otras deducciones" ($1.904.551), "salarios" ($26. 440.534) y "regalías" ($282.092.054).

Impuso sanciones por libros de contabilidad ($23.659.977) e inexactitud ($257.682).

En la decisión del recurso se mantuvieron los incrementos patrimoniales y la desestimación de pasivos (pero únicamente la parte de los contraídos con los acreedores Luis E. Cuítiva, $66.970, y Emiliani & Cía., Ltda., $88.510); asimismo, los aumentos de la renta y el rechazo de costos y deducciones por "compras", "asesoría técnica", "intereses sobre obligaciones extrabancarias" (pero sólo las partidas de los beneficiarios Luis E. Cuí-

tiva, $7.510, e INVERCREDITO, $1.518.758), "trasteos" y "otras deducciones" (o "tarjetas de crédito"), y las sanciones, actuación aprobada por el funcionario consultado, excepto en lo concerniente a la deducibilidad de las "regalías".

LA DEMANDA

Pretende el reconocimiento de las dos partidas del pasivo ($155.480) y de los costos y deducciones por "compras", "asesoría", "intereses", "trasteos", "otras" y "regalías"; también, la declaración de improcedencia de las sanciones.

Plantea, como cuestión principal, la nulidad de la liquidación oficial y actos resolutorios del recurso, por "falta de adecuado requerimiento especial", ausencia de éste para practicar inspección de libros, "según tesis del Consejo de Estado", y "pretermisión de oportunidad probatoria"; subsidiariamente, los reconocimientos y declaración dichos.

Sobre NULIDADES, sostiene:

1. El requerimiento, respecto de las partidas de pasivo e intereses que proyectó excluir, no satisfizo la exigencia de la discriminación, como se admite en las resoluciones del recurso, pues no individualizó las mismas, ni expresó separadamente las razones de su inadmisibilidad, habiéndose limitado a presentar cifras globales por desestimar, no obstante que a la declarante se había impuesto, por virtud de los artículos 55 y 124 del decreto 2053 de 1974, relacionar discriminadamente los correspondientes guarismos, como en efecto lo hizo, irregularidad que se dio igualmente en el acta de visita, los requerimientos ordinarios y la liquidación, con violación de los artículos 42, 46 y 49 de la ley 52 de 1977, 26 de la Constitución y 6o. del Código de Procedimiento Civil, el primero, en conexión con los artículos 27, 30 y 32 del Código Civil, sobre interpretación de normas.

2. El Consejo de Estado, en concepto emitido el 2 de junio de 1980, con ponencia del señor Consejero Jaime Paredes Tamayo, dijo, para absolver consulta del Ministro de Hacienda, que previendo la ley 52 de 1977 la facultad de la administración de ordenar la exhibición y examen de los libros y papeles de comercio de los obligados a llevarlos, tal examen, "puede dar lugar a que se efectúe una liquidación de revisión y que presupone, por ello, que medie el requerimiento especial de que trata el artículo 42 de dicha ley, so pena de nulidad ...", de lo cual surge que la inspección contable exige el requerimiento en cuestión que, omitido, hace nula aquélla y los demás actos que la tengan como apoyo.

3. La contribuyente, con la contestación del requerimiento especial, en uso del derecho consagrado por el artículo 17 del decreto 3803 de 1982,

pidió varias inspecciones oculares con el fin de verificar pasivos, intereses y comisiones pagados, compras y otros gastos, y que se oficiara a la Superintendencia de Sociedades para que remitiera copias de las circulares según las cuales se podían destruir documentos inmediatamente después de su microfilmación, pruebas no practicadas por no estimarse necesarias, pese a su conducencia, conforme al artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, norma que, como la citada del decreto 3803 de 1982; fue infringida, incurriéndose en las causales de nulidad de los artículos 57-6 de la ley 52 de 1977 y 152-6 del propio ordenamiento procesal civil, con desconocimiento del derecho de defensa.

De los RECHAZOS, afirma:

1. PASIVOS. Si el importe de los créditos constituidos en favor de Luis E. Cuítiva y Emiliani & Cía., Ltda., se había acreditado, no es comprensible que la administración, basada en la misma prueba, desconociera porciones de tales acreencias, menos cuando con la respuesta al requerimiento especial se había solicitado inspeccionar la contabilidad del segundo de estos acreedores, sin que se accediera a ello, quebrantándose los artículos 106 y 124 del decreto 2053 de 1974 y 42 y 49 de la ley 52 de 1977.

2. COSTO EN COMPRAS. Se probó éste mediante certificado de contador público independiente que, sin embargo, el funcionario local de recursos afirmó no haber hallado en el expediente, extravío que no podría perjudicar a la contribuyente, por lo que el incremento de la renta así producido resulta injustificado y violatorio de los artículos 15 del decreto 2053 de 1974 y 9o. de la ley 145 de 1960.

3. GASTO POR ASISTENCIA TECNICA. Realizado por programas de sistematización, no se causó en 1979, como lo supone la administración que incurre en error de apreciación, sino en 1980, el período discutido, pues fue en éste cuando se recibió el trabajo contratado y lo terminó, facturó y cobró el proveedor, según las facturas y constancias expedidas por el mismo que se entregaron al funcionario liquidador. El hecho de que el servicio se haya pactado a precios del año anterior, no valida la afirmación de que la erogación se hubiera efectuado en tal año. Nadie paga un servicio, menos si es eminentemente técnico, antes de su entrega y de comprobarse su eficiencia, debiendo aplicarse al caso, por analogía, el artículo 4o. del decreto 3541 de 1983, relativo a la causación del IVA.

4. INTERESES. Siendo reconocibles las fracciones de los créditos de Luis E. Cuítiva e INVERCREDITO, lo son también las partidas de intereses pagados a éstos, ya que su valor fue probado en la fase del recurso, con hojas de detalle del movimiento contable de acreedores, certificadas por el revisor fiscal de la sociedad, fuera de que con la contestación del requerimiento se

había pedido inspección ocular de la contabilidad de varios acreedores, entre ellos, la del segundo de los nombrados, prueba denegada, privándose a la peticionaria de un medio de mejorar su prueba.

5. GASTO POR TRANSPORTES. Los documentos con los que se probó éste, a más de estar autenticados, se habían tomado del libro "relación de asientos", registrado en la Cámara de Comercio, habiéndose solicitado expresamente, en el memorial de reconsideración, "examinar la bondad de la prueba", petición inexplicablemente desoída.

6. COMISION POR USO DE TARJETAS DE CREDITO. Es un descuento que las entidades crediticias que respaldan las tarjetas hacen al establecimiento afiliado, en este caso, la contribuyente, en el momento de pagar el importe de las operaciones realizadas por el usuario de la tarjeta. Puesto que la erogación fue demostrada con la constancia de revisor fiscal anexa a los escritos de contestación del requerimiento e interposición del recurso gubernativo, procedía su aceptación, conforme al artículo 15 del decreto 2053 de 1974, dado que el descuento en cuestión debía afectar las ventas realizadas por este sistema, no contemplando la ley tributaria, de otro lado, requisitos específicos para acreditarlo, ni pudiendo suponerse que el certificado del revisor debiera estar redactado en cierta forma o contener elementos que la ley no exige.

El desconocimiento de los cuatro gastos anteriores, viola los artículos 44, 45 y 55 del decreto 2053 de 1974; igualmente, en el caso de los servicios de sistematización, el artículo 16 ib., y en el de los intereses, los artículos 42 y 49 de la ley 52 de 1977.

7. REGALIAS. La liquidación oficial excede los hechos del requerimiento especial, porque mientras éste funda el rechazo solo en que el valor pagado "excede las regalías estipuladas" y "corresponde en la práctica a una distribución de utilidades a los accionistas de CADENALCO", apreciaciones consignadas en el acta de visita, la resolución de la consulta, que contiene la última liquidación de revisión practicada a la sociedad por 1980, añade dos hechos nuevos: Que según la declaración de renta de la beneficiaria, Comunidad Ley, ésta "declara como egresos, por fomento a la productividad, la cantidad de $282.096.854, de lo que se colige que sobre esta cantidad, ni CADENALCO ni Comunidad Ley pagan impuesto alguno"; y que, de acuerdo a la última acta de visita, el artículo X del contrato de regalías, "define la intención buscada con la liquidación de Almacenes Ley, Ltda., expresada en el Acta No. 664 de la Junta Directiva de dichos almacenes el día 12 de noviembre de 1959 ...".

Como el requerimiento ni siquiera menciona la declaración de Comunidad Ley o el acta de la junta de socios, el liquidador no podía argüir tales hechos como causa del rechazo, violándose el artículo 46 de la ley 52 de

1977, lo que acarrea la nulidad de la liquidación y actos resolutorios del recurso.

Desde 1959, por virtud del contrato sobre uso de marcas, la sociedad solicitó ininterrumpidamente la deducción, liquidada anualmente sobre porcentajes de ventas, que la administración aceptó invariablemente como expensa necesaria, excepto por el ejercicio en controversia, en el que el funcionario consultado adujo que sólo el 12% del bien dado en usufructo, avaluado en $40.000, era regalía, constituyendo el excedente distribución de utilidades, por ende, sin relación de causalidad ni el carácter de expensa necesaria, razonamientos carentes de fundamento, pues, conforme al artículo VII del contrato de regalías, sustitutivo del de 30 de diciembre de 1959, que regía por 1980, el derecho al uso de la marca y enseña LEY se había valorado hasta en el 3% de las ventas nacionales que, en este año, habían ascendido a $11.724.648.725, pudiendo ser la regalía hasta de $351.739.462, obedeciendo el pago de una suma inferior ($282.092.054), a los ajustes anuales previstos en el parágrafo del antecitado artículo, luego, no se excedía la cantidad estipulada, sino que lo pagado se situaba dentro de las previsiones contractuales, hecho no rebatido por la administración.

El pago fue un desembolso efectivo, en contraprestación al goce real de la marca, en los términos de un contrato válidamente celebrado por el que se dio nombre a los establecimientos comerciales de la usuaria y se produjo la renta de ésta, a la vez que enriqueció el patrimonio de la entidad dueña de la marca, no desvirtuándose su naturaleza de expensa necesaria por la destinación que la última le hubiera dado, aun suponiendo que la misma donara la regalía a los accionistas de la primera, pues el pago continuaría guardando relación de causalidad con la renta producida por ésta, por ser la marca un factor económico de su productividad.

La destinación del superávit de la regalía (deducidos los gastos generales, las reservas y el 12% del valor de la marca), a dar una prima a los inversionistas del negocio usuario de la marca, no constituye distribución de utilidades, porque (a), los dineros con los que se paga no pertenecen a la usuaria, ni ésta los satisface; (b) según la cláusula X del contrato, la prima se sufraga como gasto ordinario de Comunidad Ley para el fomento de la productividad de la marca; (c) no se otorga graciosamente, sino en proporción de los aportes de los accionistas de la usuaria; (d) no proviene de utilidades de ésta, sino de porcentajes de ventas haya, o no, utilidades; (e) a diferencia del crédito por participaciones de utilidades, que da derecho a pedir las mismas, la prima es un derecho eventual e indeterminado que depende de las apropiaciones hechas libremente por la Comunidad Ley para sus gastos generales y reservas, más el 12% del valor de la marca, pudiendo ocurrir que tales apropiaciones agoten la regalía, no restando suma alguna para prima, caso en el que los beneficiarios carecerían de acción para exigirla; (f) afirmar

el fenómeno de la distribución de utilidades, implica asumir que el contrato de regalías y su pago son meramente aparentes, sin realidad jurídica y económica, supuestos gratuitos y contraevidentes.

La necesidad y proporcionalidad del gasto, se infieren de su naturaleza y de las modalidades del negocio, pues todo comercio suele girar bajo un nombre, que si es una marca registrada a nombre de otra persona exige un pago por su utilización, para satisfacer una necesidad mercantil conducente a la producción de la renta, dentro de términos normales de proporcionalidad.

La regalía no se grava a la usuaria de la marca, porque es un gasto de explotación del negocio; tampoco a la dueña de aquélla, por ser igualmente expensa de su negocio, que tiene relación de causalidad con su renta, no siendo irregular, pues, que tales expensas no sean gravadas, como sí lo es la prima en cabeza de sus beneficiarios. Además, a la Comunidad se rechazó como deducción y gravó, por 1980, la parte de la regalía destinada a prima, según se prueba con documento anexo.

Del hecho de que el acta de Almacenes Ley, Ltda., citada por la administración, dejara "la posibilidad de una futura forma de reparto de *utilidades ocasionales* con la formación de una Comunidad de los dueños del nombre Ley ...", no cabe deducir la intención de evadir la obligación tributaria que suponen los funcionarios impositivos, quienes tuvieron que suprimir del texto la palabra "ocasionales", para dar razón a su aserto. La utilidad ocasional se obtiene por enajenación de bienes que hayan hecho parte del activo fijo durante cierto tiempo, que fue lo que previeron los fundadores de la sociedad en relación con el valor originalmente modesto de la marca, para el caso de que ésta se enajenara con margen de beneficio ocasional, de modo que la intención buscada por el contrato de regalías no fue la de evitar ilegalmente impuestos. Afirmaciones en tal sentido, implican declarar simulado el contrato, para lo cual no tienen facultad dichos funcionarios, por ser atribución de los jueces, que deben pronuncirse en sentencia expedida con la plenitud de las formas procesales, habiéndose, por tanto, transgredido el decreto 074 de 1976, sobre atribuciones estrictamente fiscales de los mencionados funcionarios, y los artículos 58 de la Constitución y 7, 12 y 16 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, así como el 32 de la ley 52 de 1977, por no estar probada la simulación.

Aparte de esto, el problema se debió examinar frente a la Comunidad y no frente a CADENALCO, que no hizo otra cosa que efectuar un pago legítimo.

Finalmente, la comisión que practicó la inspección, admitió la causalidad y necesidad del gasto, pero incurrió en el error de dar al contrato de regalías un efecto jurídico que no tiene, hablando de "limitaciones contrac-

tuales" con un sentido del que el mismo carece, que, con todo, no obsta para el correcto entendimiento de sus cláusulas. A su vez, el funcionario local de recursos corroboró, en un concienzudo estudio, la deducibilidad del gasto y la ausencia de la distribución de utilidades.

Acerca de la SANCION POR LIBROS, dice:

Es nula, por prescripción y carencia de causa.

Aunque el artículo 85, inciso 3o., de la ley 9a. de 1983 expresa que la sanción prescribe en el mismo término de la revisión oficiosa, o sea, conforme al artículo 75 ib., en dos años, no hay disposición tributaria que señale desde cuándo se cuenta dicho término, tratándose de sanciones penales en materia impositiva, imponiéndose la aplicación de preceptos del derecho punitivo, concretamente, del artículo 83 del Código Penal, según el cual, la prescripción de la acción corre a partir de la comisión de la infracción que, en el caso, debió tener lugar a más tardar el 31 de diciembre de 1980, año por el que se pretende sancionar. Y dado que entre el 31 de diciembre de 1980 y el 31 de diciembre de 1982 transcurrieron dos años y la multa se aplicó posteriormente, en la liquidación de 8 de julio de 1983, se concluye que para entonces había prescrito la acción sancionatoria, no siendo válido argüir la suspensión del término por causa del requerimiento especial o la inspección contable; pues tales motivos se predican exclusivamente del plazo para revisar la declaración, a términos del artículo 22 del decreto 3803 de 1982; además, porque tratándose de contravenciones, como lo es la que amerita una multa, el plazo sólo se interrumpe por la aplicación de la misma en sentencia de primera instancia, según el artículo 99 del Código Nacional de Policía, que regula las contravenciones, y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Pero aun suponiendo que el término se contara desde la presentación de la declaración de renta, ya que la cuestionada lo fue el 9 de abril de 1981, el plazo habría expirado el 9 de abril de 1983. La liquidación de la multa infringe, pues, el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil y demás normas aquí citadas y es nula, de conformidad con el artículo 57 de la ley 52 de 1977.

En cuanto a fundamentación, la administración invoca el hecho de que los estados financieros no reflejen la situación económica de la empresa que los soportes contables fueran destruidos sin sujeción a lo dispuesto por el artículo 60 del Código de Comercio y que se hubieran omitido créditos activos y rentas, citándose los artículos 56 y 57 del decreto 3803 de 1982, en consonancia con el artículo 83 de la ley 9a. de 1983.

Respecto de la supuesta infracción por microfilmación defectuosa de comprobantes, no se tipifica como tal ni en el artículo 34 del decreto 2821

de 1974 ni en el 57 del decreto 3803 de 1982 que, por otra parte, no era aplicable por ser posterior al hecho, ni en ningún otro precepto penal tributario. La primera resolución del recurso se esfuerza por encajarlo en el numeral 3o. del primero de estos artículos, infructuosamente, porque la descripción del hecho punible ("no llevar los libros apropiados para las características del negocio o llevarlos en forma que no reflejen su verdadero movimiento"), no guarda la menor analogía con la del que se pretende multar, ni cabría tal analogía, por disposición del artículo 7o. del Código Penal, fuera de que en el problema de la microfilmación la sociedad obró de manera no culpable, atenida a un concepto de la Superintendencia de Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre de 1980, que permitía la inmediata destrucción de los documentos microfilmados, aún sin haber transcurrido el plazo de diez años contemplado por el artículo 60 del Código de Comercio, ignorándose que tal concepto se hubiera modificado, por no ser acto que, a la sazón, estuviera sujeto a publicación.

Habiéndose obrado sin culpabilidad, no procedía la sanción, porque el artículo 5o. del citado ordenamiento penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.

Por lo que hace a omisiones, se trataba de intereses recibidos y de un crédito activo de tan exiguas cuantías, frente al elevado volumen de los ingresos y egresos declarados, que ningún auditor o contador serio se atrevería a afirmar que, por tales defectos, la contabilidad no reflejara el verdadero movimiento de negocios, resultando exagerado que por errores humanos porcentualmente insignificantes, no calificados legalmente como infracciones sancionables, se aplique una multa tan cuantiosa.

El artículo 34, num. 3o., del decreto 2821 de 1974, que pretende aplicar la administración, difiere del realmente aplicado, el 57 del decreto 3803 de 1982, que habla de que los asientos contables, no "reflejen de manera razonable el movimiento del negocio o actividad del contribuyente". Pero la liquidación no motiva la sanción; no dice por qué no se refleja el verdadero movimiento. Sólo la primera resolución del recurso precisa la existencia de los tres pequeños errores de contabilización y la falta del original de algunos comprobantes, glosa infundada, pues lo que castiga la ley es el hecho de que los libros registren un movimiento distinto del real o del que corresponde al giro del negocio, no errores menores de contabilización. De ahí que el artículo 57 citado, consecuente con las contingencias de la falibilidad humana, exija que los libros reflejen, "de manera razonable el movimiento", es decir, exactitud en lo razonable, no la perfección absoluta.

Es tan cierto que la contabilidad reflejaba la verdadera situación económica y financiera de la empresa, que pese a haber desestimado la liquidación oficial pasivos por más de 200 millones de pesos y deducciones superiores

a los 360 millones, la oficina local de recursos aceptó la casi totalidad y, la de nivel central, gran parte.

Se violaron, en consecuencia, los artículos 75, 83 y 85 de la ley 9a. de 1983, 41 y 57, num. 3o., de la ley 52 de 1977, 56 y 57 del decreto 3803 de 1982, 34 del decreto 2821 de 1974 y 1o., 5o., 7o. y 83 del Código Penal.

De otro lado, la multa fue mal liquidada, no pudiendo haberse aplicado sino por la cuantía mínima indicada en el artículo 56 del decreto 3803 de 1982 ($50.000), toda vez que a la liquidación sobre los ingresos netos del año inmediatamente anterior se debía restar el impuesto correspondiente a tal año, según el artículo 84 de la ley 9a. de 1983, disminución ya prevista en el citado artículo 56 del decreto 3803 de 1982 y que no cabría objetar por estar contemplada en normas posteriores a 1980, porque se hable de normas penales de aplicación preferente, de acuerdo al inciso 2o. del artículo 26 de la Constitución, principio de favorabilidad reiterado por el artículo 6o. del Código de Procedimiento Penal.

Adicionalmente, el liquidador tomó como base los ingresos declarados por 1980, el ejercicio en discusión, y no los del año inmediatamente anterior, según correspondía. Se pide, por ello, subsidiariamente, fijar la sanción mínima.

LA SENTENCIA

No concede prosperidad a ninguno de los cargos esgrimidos:

En materia de nulidades, por ser éstas taxativas; porque la explicación exigida por el artículo 42 de la ley 52 de 1977 obraba en la liquidación acusada; por no ser cierto que la visita de inspección debiera estar precedida de requerimiento alguno, dadas las facultades de la administración para practicar todas las pruebas conducentes a la correcta determinación del tributo; y porque la inspección solicitada en la vía gubernativa, según lo dicho por aquélla, no procedía, pues "implicaba resolver sobre los mismos puntos verificados por los funcionarios en la inicial ..." Anota, sí, que dicha inspección debió ser solicitada en la vía jurisdiccional, lo que no se hizo.

Referente a las "regalías", puntualiza que no se rechazaron las correspondientes a expensas necesarias, sino las que excedían las estipuladas en el contrato, de acuerdo con el examen efectuado en el trámite de la consulta.

Y, en cuanto a los "restantes motivos de inconformidad", que no fueron probados en la instancia del juicio. Explica, que la contribuyente no exhibió en la vía gubernativa los comprobantes internos y externos que justificaran las contabilizaciones, habiéndose limitado, "a sustentarlos en fotocopias de microfilme, que no fueron apreciadas por no reunir los requi-

sitos exigidos por el artículo 60 del Código de Comercio ..." prueba no mejorada en el juicio, "ya que no fueron aportados los asientos contables y los documentos solicitados inicialmente por el funcionario liquidador ..."

Mantiene la "sanción por inexactitud" (sic), en razón de que, "este fenómeno jurídico en el ordenamiento tributario aparece expresamente regulado sin que sea posible sustentar la prescripción con fundamento en normas del Código Penal ..."

LA APELACION

Relieva la extensión, complejidad y cuantía de las cuestiones ventiladas, a tiempo que censura la extrema concisión, esquematicidad o superficialidad del fallo, reducido en su parte motiva a tres páginas, al lado de las ochenta y una de la demanda, destacándose del mismo, igualmente, la falta de análisis de las normas violadas, en contravía de lo dispuesto por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo; el tratamiento de puntos no litigiosos, como el rechazo de pasivos por $233.701.969, o la sanción por inexactitud; la ausencia de análisis sobre las nulidades; la contradicción en el asunto relativo a la inspección ocular pedida en la vía gubernativa, pues por una parte se concluye que no era necesaria y, por otra, que debió solicitarse en el juicio, pero sin advertir que de ser así esto último procedía su decreto oficioso, de conformidad con el artículo 169 del decreto 01 de 1984; los errores de interpretación del contrato de regalías; y el desconocimiento de lo favorable del concepto del Ministerio Público, en cuyo poder estuvo el expediente por tres años, ocho meses y quince días, acrecentándose el importe de los intereses moratorios.

Reproduce argumentos esenciales de la demanda en lo tocante a nulidades y, en primer término, a la fundada en la falta de discriminación de pasivos e intereses, sobre la que el *a-quo* habría pasado "como por sobre ascuas", limitándose a remitir a la taxatividad de las causales y a decir que en el acto liquidatorio obraba explicación sumaria de los rechazos, sin advertir que las alegadas eran las específicas de los numerales 2o. y 4o. de la ley 52 de 1977 y que el problema de la motiviación se había suscitado en el requerimiento especial y no en la liquidación.

En segundo lugar, a la que se habría configurado por no mediar requerimiento previo a la visita contable, cuya improcedencia se reafirmó sin apoyo en texto legal alguno o la jurisprudencia.

Y, en tercer lugar, a la que habría dado lugar la negativa a practicar inspecciones oculares y otras pruebas, que se mencionaron en el fallo sin crítica alguna, pero sí incurriéndose en la contradicción atrás señalada.

En torno de los aspectos relacionados con los rechazos específicos, reitera lo expuesto en la demanda, en la que se dice haber desarrollado exten-

samente el tema que, sin embargo, solo mereció al *a-quo* una sorprendentemente corta, superficial y uniforme alusión, sin el estudio individualizado de los casos planteados, debiendo haberlo hecho por el principio constitucional de la motivación.

En particular, por lo concerniente a la deducción por regalías, repite los postulados de la demanda, tanto en lo atinente a la disparidad de motivos entre el requerimiento y la liquidación, como al hecho de que, a pesar de la necesidad, proporcionalidad y causalidad de la erogación, se hubiera desechado ésta, punto n el que el sentenciador no habría hecho más que recoger lo argüido en la providencia absolutoria de la consulta, en el sentido de que el importe de la deducción excedía los términos del contrato de regalías, tesis extraña, dilucidada como se hallaba en el proceso la determinación de aquéllas, conforme a la cláusula 7a. del aludido contrato y en la forma estipulada en la cláusula 10a., no estando demostrada la simulación, ni pudiendo responsabilizarse a la sociedad por la utilización que la beneficiaria de las regalías hiciera de éstas.

De modo análogo, en relación con la sanción por libros, remite a los argumentos de la demanda, con énfasis en la circunstancia de que la sentencia se hubiera ocupado de una sanción distinta, que no había sido materia de discusión, e insistiendo en la configuración del fenómeno de la prescripción, con arreglo a normas supletorias del derecho punitivo, la inconsistencia de las razones aducidas por los funcionarios para mantener la multa, la levedad de la infracción, la ausencia de irregularidad sancionable por microfilmación defectuosa, la conducta no culpable de la contribuyente y la indebida tasación numérica de la sanción.

Adicionalmente, alega la falta de traslado del acta de inspección, en términos del artículo 91 del decreto 1651 de 1961, y el hecho de que el requerimiento especial no hubiera cuantificado la multa.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada resalta, "como cuestión previa (...), la falta de técnica jurídica con la que el señor Apoderado de la Actora ejerció inicialmente la presente acción ...", al pretender, subsidiariamente, el reconocimiento de las partidas objeto de rechazo, en caso de no ser acogida su petición principal de nulidad.

Añade que, "el excesivamente extenso memorial de apelación, se dedica a descalificar el fallo (...) sobre aspectos que no merecerían atención alguna, de no ser porque tratan (sic) de desviar la atención sobre la verdad de los hechos y la legalidad de las decisiones tanto administrativas como la jurisdiccional en primera instancia ..."

Niega que las cuestiones litigiosas no hubieran sido objeto de juicioso estudio, o que la referencia a cierta cifra del pasivo tuviera alguna incidencia en la decisión, pues sólo figuraba en una "relación que se hizo de las inconformidades del actor", o que el error de transcripción respecto de la denominación de la sanción desvirtuara la prolijidad del estudio.

Comparte las razones que, en la vía gubernativa y la primera instancia del juicio, sustentaron la negativa a practicar inspecciones oculares adicionales. No estima que el requerimiento especial debiera detallar cada una de las partidas que proponía rechazar, bastando la precisión sobre la cifra global de aquéllas. Tampoco que procediera un traslado del acta de visita, formalidad derogada por la ley 52 de 1977, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni menos que a la inspección contable debiera preceder un requerimiento, pretensión que diría fundada en "una amañada interpretación de la posición jurisprudencial" invocada, constitutiva de "abuso del derecho por parte del apelante en detrimento de la legalidad de la actuación ..."

En torno de la especificidad de las causales de nulidad en materia impositiva, transcribe apartes de lo expresado por la Sala en la sentencia de 2 de febrero de 1990 dictada en el proceso 1764, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate.

En cuanto al rechazo de pasivos, costos y deducciones, incluso las regalías, remite a lo dicho por la administración en el proceso de determinación y la vía gubernativa, subrayando la ausencia o deficiencia de los soportes contables y otros documentos, entre éstos, los certificados de revisor fiscal, y advirtiendo, respecto de la petición de reconocimiento de la aludida deducción por regalías, "una clara postura de evasión, como la propia contribuyente lo reconoció al señalar el hecho como fórmula perfecta para evitar la denominada cascada legal (...) (acta de la junta directiva de Almacenes Ley No. 664 de noviembre 12 de 1959) ..." (el último paréntesis es del texto).

Sobre el mismo tema, puntualiza que, por virtud de las facultades que el artículo 30 de la ley 52 de 1977 confiere a la administración, debe buscar ésta, "la verdad real antes que la verdad formal, por esto puede (...) desconocer efectos tributarios a aquellos actos que se reputen válidos, pero que sean evidentemente defraudatorios del fisco, máxime si no encuentran respaldo en la contabilidad, por lo que la apreciación de la prueba debe sujetarse a las reglas de la sana crítica ..."

Transcribe aquí, igualmente, apartes de la sentencia de la Sala de 2 de marzo de 1990, proferida en el proceso 1957, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate.

Por último, en cuanto a la sanción por libros, sostiene que no es cierto que faltara regulación tributaria en materia de aplicación de sanciones, pues

el artículo 58 del decreto 3803 de 1982 llenaría el aparente vacío y estaría complementado por el 85 de la ley 9a. de 1983, en armonía con el 75 ib., en el sentido de que, "la sanción por libros prescribe en el mismo término establecido para revisar", que se cuenta desde la presentación de la declaración y no desde cuando ocurrieron los hechos sancionables, como se pretende.

Rechaza la alegada inconsistencia de las razones que cimentaron la multa, pues si los errores contables se habían especificado en las providencias que desataron el recurso gubernativo, obedecía ello a la necesidad de hacer más claridad sobre determinados puntos, "pero manteniéndose de todas maneras la falta general de la contabilidad que no permitía un razonable reflejo de la actividad de la contribuyente ..."

Niega que la tasación del tributo y las sanciones en el requerimiento, ordenada por la legislación posterior, se encontrara implícita en la anterior, "pues ella solo consagraba tal obligación de manera expresa para las liquidaciones de revisión y aforo, según las voces del artículo 49 de la ley 52 de 1977 ..."

La afirmación de que la contabilidad sí reflejara la verdadera situación de la empresa, dada la insignificancia de los errores contables, carecería de fundamento, porque "el hecho de haber (se) reconocido con posterioridad algunas partidas cuestionadas por tal motivo, pero comprobadas con documentos ajenos a los propios del registro contable, no indica propiamente la fidelidad de la contabilidad sino, por el contrario, confirma el hecho opuesto; tal es el caso del reconocimiento de pasivos en cuantía de $325.050.501 ..."

Y que si bien se quiso presentar la "microfilmación defectuosa" como causa de la sanción, se olvidó de que lo sancionable era, en unos casos, la destrucción de los comprobantes internos y externos y, en otros, la falta total de los mismos, sin que fuera viable esgrimir la no culpabilidad de la contribuyente en el hecho, según lo destacado en la providencia que dirimió la reconsideración impetrada.

Tampoco resultaría aceptable el argumento de la liquidación errónea de la multa, primero, por no ser punto discutido previamente ante la administración, por lo cual, respecto del mismo, no se habría agotado la vía gubernativa; y, segundo, porque el año que sirve de base para el cálculo es aquel por el cual se va a imponer la sanción y no el anterior.

Pide denegar la audiencia solicitada en la demanda, por improcedente.

Por su lado, la demandante, repite, en lo fundamental los argumentos de la demanda.

EL CONCEPTO FISCAL

De las nulidades alegadas dice, en resumen, que desprendiéndose de la motivación fáctica y jurídica del requerimiento y la liquidación, haber obedecido el rechazo de las partidas del pasivo extrabancario y de los intereses, a la falta de soportes que respaldaran las contabilizaciones respectivas, y habiendo remitido dichos actos al anexo 110 de la declaración de renta del ejercicio, en el que figuraba la relación discriminada de las cuestionadas partidas, mal podría afirmar la contribuyente no haber conocido con exactitud la naturaleza y cuantía de los correspondientes ítems y la causa de su inadmisión, o que se hubiera violado su derecho de defensa, menos cuando la misma, en su momento, había controvertido individualizadamente los guarismos objeto de rechazo, con las pruebas que estimó pertinentes, obteniendo el reconocimiento de la mayor parte de éstos, fuera de que la causal de nulidad invocada, la del numeral 2o. del artículo 57 de la ley 52 de 1977, supone la ausencia de requerimiento, situación que no se dio, debiendo quedar claro, además, que de haber faltado explicación sumaria respecto de alguna de las partidas desechadas, ello daría lugar a la nulidad del rechazo, no de la totalidad de la liquidación.

Así las cosas, ésta habría observado la debida consistencia con los planteamientos del requerimiento, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 49 ib.

Por otra parte, que la negativa de la administración a practicar determinadas pruebas, no aparece contemplada expresamente, en el ordenamiento tributario, como causal de nulidad, lo que, obviamente, impediría el pronunciamiento anulatorio impetrado con base en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, por existir norma especial en el punto, que lo sería el precitado artículo 57 de la ley 52 de 1977.

Por lo que respecta a los rechazos específicos y la sanción, manifiesta:

1. PASIVOS. No estando llamadas a prosperar las nulidades propuestas contra la liquidación, tampoco procede, por esta vía, el reconocimiento de los pasivos discutidos. En el caso particular de la fracción en favor de Luis E. Cuítiva, además, porque si bien en la vía gubernativa, del total de lo desestimado, $566.970, se tuvo por demostrada la cantidad de $500.000, sobre el saldo no se aportó ninguna prueba al juicio subsistiendo, como razón para mantener el rechazo, la misma aducida inicialmente por la administración, es decir, la falta de soportes contables.

Igual cabe decir del crédito con Emiliani & Cía., Ltda., por $88.510, que se pretendió probar en la fase del recurso con copias de un contrato y "notas de abono" que, como bien lo dijo el funcionario local de recursos, no constituían medio demostrativo suficiente.

2. COSTOS Y DEDUCCIONES. Las glosas a las diversas partidas del rubro, merecen ser confirmadas:

De las compras a Distrileva, Ltda., y Distribuidora Bacarat, dicho funcionario aceptó fracciones por $2.939.941 y $3.762.584, respectivamente, pero sin que los saldos en controversia (por $63.611 y $331.023, en el mismo orden) hubieràn sido objeto de prueba posterior ante la administración o la jurisdicción.

Dado el sistema contable de que disponía la contribuyente, el gasto por servicios de sistematización se debía entender realizado, conforme al artículo 16, num 2o., del decreto 2053 de 1974, desde su causación, esto es, desde que se contrató el servicio, hecho que tuvo lugar en 1979, anualidad anterior a la controvertida.

Debiendo inadmitirse los pasivos extrabancarios, según lo expuesto antes, deben serlo, igualmente, los intereses y comisiones generados por tal concepto.

La misma suerte habrán de correr las deducciones por trasteos y utilización de tarjetas de crédito, la primera, porque habiéndose destimado en razón de la carencia de comprobantes contables, en la vía gubernativa solo se aportó una relación de asientos que, así fuera tomada del libro "relación de asientos", como lo sostuvo la contribuyente, no suplía la prueba requerida, pues lo que se discutía no era la contabilización, sino la falta de soportes de ésta; y, la segunda, presentada en una partida global del renglón 116 de la declaración de renta, porque ni en la vía gubernativa ni en el juicio se halló prueba alguna de la misma, no obstante las manifestaciones de la contribuyente de haber traído certificación de contador público.

Por lo que en particular concierne a las regalías, la deducibilidad de un gasto de tal magnitud exige, de conformidad con los artículos 45 y siguientes del decreto 2053 de 1974, necesidad y proporcionalidad acordes con la naturaleza de la actividad desarrollada, que estarían demostradas con el contrato de regalías.

Sin embargo, cabría observar sobre la condición jurídica en que la Comunidad Ley suscribe dicho contrato, ya que en el preámbulo 1o. del mismo se lee que aquélla no es la propietaria de la marca o enseña, sino que agrupa "a la totalidad de los condueños de estos derechos de propiedad industrial", lo que implicaría que obra como mandataria o intermediaria de los condueños y su papel no podría ir más allá de trasladar a éstos el valor de las regalías pagadas por la demandante.

Por otra parte, previendo el contrato, que la Comunidad pague a los accionistas de CADENALCO todo excedente de la regalía percibida, efec-

tuados los descuentos estipulados, no se entiende cómo puede ser expensa necesaria un gasto destinado de antemano en su mayor parte a ser distribuido a los accionistas dichos, teniendo en cuenta las limitantes que sobre las expensas necesarias contempla, entre otros, el artículo 65 del decreto 2053 de 1974.

No es claro, pues, el derecho que asiste a la demandante para solicitar la deducción, lo que hace pensar, cuando menos, sin entrar a calificar de simuladas las operaciones contractuales, que el gasto no tiene proporcionalidad ni los caracteres de necesario, como egreso deducible fiscalmente. La falta de prueba concluyente sobre la función que desempeña aquí la comunidad y los efectos tributarios que la operación haya producido en su impuesto de renta por el mismo año gravable, imponen la confirmación del rechazo.

(En este punto, la señora Fiscal Sexta sugiere el acopio oficioso de algunos documentos).

3. SANCION POR LIBROS. No son válidas las apreciaciones de la apelante, referentes a la prescripción de la acción sancionatoria conforme al Código Penal, existiendo normas especiales de preferente aplicación en materia tributaria, como las de los artículos 19 del decreto 3803 de 1982 y 85 de la ley 9a. de 1983, según los cuales, las facultades de revisión y sanción tienen igual plazo, esto es, el de dos años contados a partir de la presentación de la declaración o su corrección. Aplicada la multa en la liquidación de revisión, debe tenerse por oportuna, de acuerdo con las reglas citadas.

Tampoco se da la alegada inconsistencia de motivos. Confrontados los distintos actos cuestionados, surge que la razón fundamental esgrimida por la administración fue siempre la misma: la inexistencia de comprobantes de orden interno y externo que respaldaran los diferentes asientos contables, por haber sido destruidos sin sujetarse al artículo 60 del Código de Comercio. Contra lo afirmado en la demanda, se configura, en cambio, la causal aducida por la administración, pues el artículo 57 del decreto 3803 de 1982, aplicable cuando se impuso la sanción, preveía el hecho de la ausencia de respaldo de los asientos o registros contables, como punible.

Por último, el prerrequisito del requerimiento, señalado por el artículo 42 de la ley 52 de 1977, se predica exclusivamente de la liquidación de revisión, no de actos como la inspección ocular.

AUDIENCIA PUBLICA

1. "Resumen" presentado por la actora ("sin perjuicio de las demás cuestiones debatidas"):

a) REGALIAS. El supuesto de la distribución de utilidades en que se afirma la administración, tuvo por base el acta de la extinta sociedad Almacenes Ley, Ltda., cuya liquidación, en 1959, dio origen a CADENALCO, S.A. y a la Comunidad Ley, y que era dueña de los establecimientos y de las marcas y enseñas "LEY", bajo un régimen de tarifa preferencial para sociedades limitadas y que no contemplaba el gravamen sobre las utilidades extraordinarias, hoy, ganancias ocasionales.

Previendo la incidencia de reformas fiscales que, en dicho año, se debatían en el Congreso, entre ellas, la supresión del aludido trato preferencial y la creación de gravámenes sobre el exceso de utilidades y las utilidades extraordinarias, y que se habrían de plasmar en la ley 81 de 1960, Almacenes Ley, Ltda. decidió liquidarse y formar la sociedad CADENALCO, S.A., a la que se traspasaron los establecimientos comerciales que explotaba la extinta. Las marcas y enseñas "LEY" se adjudicaron en la liquidación a los socios de esta última, sin que se aportaran a la nueva; más, como ésta requería utilizarlas por los resultados satisfactorios que habían generado en el pasado, se dispuso que los antigüos socios concedieran su uso a CADENALCO, mediante contrato, a cambio de una regalía porcentual sobre ventas brutas nacionales, organizándose aquéllos en una comunidad que permitiera a CADENALCO tener un interlocutor único. La existencia de la comunidad no se oponía, sin embargo, a que, de enajenarse las marcas en un futuro, se distribuyera el beneficio a sus condueños, lo que explica que en el acta en cuestión se dejara vía a "una futura forma de reparto de *utilidades ocasionales* con la formación de una comunidad de los dueños del nombre Ley" (subrayas en el texto).

Tal precisión, garantizaba a los condueños que la existencia de la comunidad no significaba que, en caso de enajenarse las marcas, no se les distribuyera el beneficio, tratado ya, fiscalmente, como utilidad ocasional, con tarifa particularmente benéfica. Por parte alguna del acta se lee la existencia de la comunidad permitiera a CADENALCO distribuir sus utilidades normales a sus accionistas o a los mencionados condueños.

En el contrato de regalías, suscrito a fines de 1959, sustituido por uno nuevo en 1964 y que regía en 1980, Comunidad Ley se obligó a pagar a los accionistas de CADENALCO una prima de productividad de las marcas, una vez deducido el 12% del costo de aquéllas, que es en lo que se pretende ver reparto de utilidades, sin advertir que, como está probado en el proceso, los accionistas de CADENALCO son, a la vez, los condueños de las marcas y partícipes de Comunidad Ley, en idéntica concurrencia porcentual. Si no existiera la comunidad, mecanismo simplemente operativo y funcional, cabría preguntar si el pago de regalías a los condueños de las marcas y accionistas de CADENALCO serían, o no, deducibles por ésta. La causa jurídica del pago está cifrada, pues, no en la condición de accionistas de los benefi-

ciarios, sino en su carácter de condueños de las marcas, con prescindencia de la comunidad que los agrupa.

Normas fiscales, como la del artículo 65 del decreto 2053 de 1974 citado por la Fiscalía, no niegan la deducibilidad del pago, pues la limitante de la vinculación económica no se da entre CADENALCO y sus accionistas y, aunque así fuera, procedería igualmente la deducción, acreditada como se encuentra la necesidad del gasto.

De otro lado, el tratamiento tributario a que pudiera estar sujeta la comunidad en el período discutido, afectaría exclusivamente a ésta y no a CADENALCO, pues tal régimen particular no cambiaría la naturaleza y realidad del gasto. De hecho, la administración practicó liquidación de revisión, por 1980, a Comunidad Ley, desconociéndole la deducibilidad de sus gastos, actuación ratificada en la vía gubernativa.

b) SANCION POR LIBROS. Siguiendo un concepto de 1971, de la Superintendencia de sociedades, se procedió en el ejercicio discutido a microfilmar y luego destruir los originales de los comprobantes internos y externos de contabilidad, pero conservando los libros y, en éstos, el registro de las operaciones de la sociedad, pese a lo cual, por medios distintos de la contabilidad, se acreditó la realidad de las transacciones inicialmente desconocidas, obteniéndose la aceptación de pasivos y pagos, salvo por fracciones insignificantes que no superaban el millón de pesos.

En la normatividad vigente en 1980, no existía disposición alguna que tuviera por sancionable la inexistencia física de los originales de los soportes contables, hecho contemplado solo posteriormente, en el decreto 3803 de 1982, que mal se podía aplicar a una situación anterior. La destrucción de los aludidos originales, no significaba que la contabilidad no reflejara la verdadera situación de la compañía, teniendo en cuenta que, por medios externos, se logró acreditar la realidad de las cifras y darles la certeza requerida, y que las inconsistencias eran menores y explicables, en empresas de la envergadura de CADENALCO.

Unicamente con la expedición del decreto 3803 de 1982 y la ley 9a. de 1983, se vino a precisar que la facultad sancionatoria se podía ejercer dentro del mismo término de la revisión, debiendo, por ello, llenarse el vacío existente antes, por analogía con otras disposiciones en forma que, predicándose la infracción contable del período de 1980, habría que suponer su configuración en el último de éste, en cuyo caso la sanción debía imponerse dentro de los dos años siguientes, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1982, lapso que no se podía entender ampliado por los antecitados decreto y ley, por tratarse de estatutos posteriores a la configuración teórica de la infracción, suscitándose un problema de vigencia de normas en el tiempo, en el que la oportunidad y términos se deben regir por la ley antigua, de modo que la

sanción impuesta en el acto liquidatorio de 8 de julio de 1983, se encontraba fuera del término de prescripción.

2. "Resumen" presentado por la demandada.

a) SANCION POR LIBROS. La destrucción de comprobantes, sin sujeción a las reglas del artículo 60 del Código de Comercio, revela la conducta negligente de la accionante y no cuenta con ningún respaldo legal, hallándose, además, sometida a las disposiciones del artículo 8o. del decreto 2527 de 1950, según el cual, los originales se deben conservar como control del archivo microfilmado protocolizado notarialmente, y al concepto modificado de la Superintendencia de Sociedades, vigente ya en 1980.

Que la contabilidad no reflejara el verdadero estado económico y financiero de la empresa surge, precisamente, de la destrucción ilegal de comprobantes, cuya ausencia, en cuanto imposibilitaba la verificación de los registros en libros, era sancionable, a términos del artículo 34 del decreto 2821 de 1974 y el decreto 3803 de 1982, estatuto procesal de efecto general inmediato, como lo reconoció en la audiencia el apoderado de la actora, y por el cual se rebajó la multa al 10%.

Si las partidas originalmente glodadas se aceptaron en su mayoría, no fue con base en reproducciones mecánicas carentes de valor probatorio, sino como consecuencia de la aportación de nuevas pruebas, como facturas y certificados de revisor fiscal, y los cruces de información acuciosamente realizados por la administración con declaraciones de terceros.

Por lo demás, el término de revisión y aplicación de la sanción, se debe contar desde la fecha de presentación de la liquidación privada, no desde la ocurrencia del hecho irregular, como hábilmente lo pretende hacer valer el apoderado de la actora.

b) REGALIAS. El argumento de que las utilidades que se proyectaba distribuir era "ocasionales", carece de respaldo legal, porque en el momento de producirse el acta que contenía tal especificación, el 12 de noviembre de 1959, la legislación no hacía tales distingos del ingreso, tratamiento que solo se consolidó en la ley 20 de 1979.

En el acta, en la que se expresa la preocupación por la cascada impositiva que se avecinaba, especialmente el fenómeno de la doble tributación en las sociedades, se nota la maniobra para intentar la evasión, planteándose la forma de "evitar en el futuro, en cuanto sea posible, el impuesto al exceso de utilidades", por aumentos de capital, y dejándose la posibilidad de una "futura forma de reparto de utilidades ocasionales con la formación de una comunidad de los dueños del nombre Ley", que se cristaliza en el contrato de regalías.

Por tal contrato, CADENALCO se obliga a pagar a Comunidad Ley regalías porcentuales por el uso de la marca y ésta, a pagar a los accionistas de aquélla (y no a los integrantes de la comunidad), como gasto ordinario por la explotación de la marca, todo excedente de la regalía que sobrepase el 12% anual neto, porcentaje que sí se destina a los comuneros y que fue reconocido por la administración, rechazándose la parte restante, que revertía en los socios de CADENALCO, como "gasto ordinario", pero que a la postre no era más que una repartición disimulada de utilidades.

Según el apoderado de la actora, se ha puesto en tela de juicio la efectividad del contrato de regalías, lo que no es cierto, porque la administración reconoce que éste es ley para las partes y que crea situaciones de orden legal entre las dos personas jurídicas que lo suscriben. Otra cosa es que se pretenda la aceptación de un gasto en las condiciones descritas, frente a la administración, que dispone de facultad para rechazar las deducciones improcedentes, situación que se dio en el caso, pues el artículo 45 del decreto 2053 de 1974 concede el derecho a las deducciones basado en criterios de necesidad y proporcionalidad, según la actividad del contribuyente, y en la normalidad comercial del gasto.

Adicionalmente, no se ha demostrado, por ningún medio probatorio, la incidencia del uso de la marca en la productividad, para que la expensa se estimara necesaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. CUESTION PREVIA

No es la mayor o menor extensión lo que dice de la integridad o congruencia de una providencia judicial, sino la conformidad de sus análisis con los hechos y preceptos legales "pertinentes", que no son necesariamente "todos" los aducidos, como se pretende en el escrito de apelación, sino los relevantes para una decisión.

Es un hecho, que la sentencia apelada se refiere a los aspectos litigiosos sustanciales y estudia las normas pertinentes, en las cuales se fundamenta la decisión.

2. NULIDADES

a) DISCRIMINACION DE PASIVOS E INTERESES

De las fracciones de los créditos respectivamente constituidos en favor de Luis E. Cuítiva y Emiliani & Cía., Ltda., la primera (por $66.970) hacía parte de las "obligaciones extrabancarias" relacionadas en el anexo 110 de la declaración del período, a que remitieran el acta de inspección, el requeri-

miento especial y la liquidación de revisión; y, la segunda (por $88.510), de las cuentas por cobrar de la misma declaración, habiéndose individualizado esta partida, además, en dichos actos administrativos, e indicado, respecto de ambas acreencias, las razones de su inadmisibilidad y las normas aplicables (cfr. fls. 11, 12, 13, 39, 40, 45 y 47, cdno. ppal.).

En cuanto a los intereses pagados al primero de los mencionados acreedores y a INVERCREDITO, el acta de visita discriminó las partidas reconocibles a cada uno ($63.572 y $5.231.250, respectivamente) e incluyó los saldos desestimados en dos partidas acumuladas de "obligaciones extrabancarias" ($137.098.028) y "comisiones" ($8.472.701), totalizadas a su vez en cifra de $145.570.729, que el requerimiento y la liquidación presentan con explicaciones y fundamentos jurídicos análogos a los del acta. Los intereses se habían discriminado, igualmente, en la declaración, según palabras de la propia demandante (cfr. fls. 16, 17, 19, 22, 23, 41 y 48 ib.; también, entre otros, fl. 15, contestación del requerimiento especial, cdno. antecedentes).

Si bien las variaciones de la liquidación privada exigen precisión y sustentación, en grado de hacer identificables los ítems y motivos, que es lo que se desprende de los artículos 42, 46 y 49 de la ley 52 de 1977, invocados por la actora, lo cierto es que la discriminación, una a una, de las partidas glosadas, solo resultaría imprescindible en eventos como el de la omisión de activos o ingresos que, por supuesto, no figuran en la declaración, o en el de que, rubros de una misma especie (por hipótesis, solo pasivos, o solo deducciones por intereses), acusen motivos de rechazo diferentes, pero no cuando además de obrar discriminadas las partidas en la declaración, las causas de su inadmisión, sean comunes, porque entonces, como en el caso examinado, bastan la mera deferencia al total del ítem y la expresión de la razón común, que son "puntos" o "hechos" rectificatorios, según las locuciones de las normas en cita, de cuyo contexto no se coligen las particularizaciones que pretende la demandante.

b) REQUERIMIENTO PARA INSPECCIONES CONTABLES

En ninguna parte del ordenamiento jurídico impositivo o general, se prescribe un requerimiento previo a la visita de inspección. En la materia de que tratan los artículos 247, 283, 284 y 285 del Código de Procedimiento Civil, es previsible el decreto de la exhibición documentaria, pero no propiamente como "requerimiento" o formalidad de la inspección misma, sino de la exhibición, dentro de un procedimiento claramente incompatible con las reglas tributarias especiales, que no prevén el trámite de la exhibición y respecto de la cual no cabría aplicar el artículo 42 de la ley 52 de 1977, citado en la demanda, dado que el requerimiento ahí contemplado se predica exclusivamente de la liquidación de revisión, no de inspecciones contables o de exhibición de documentos.

El correcto entendimiento del concepto que se dice emitido por esta Corporación, no puede ser, pues, otro que el de que, conforme a lo que se transcribe en la demanda, si el examen contable da lugar a una liquidación de revisión, a ésta (y no al examen) debe preceder un requerimiento.

c) DENEGACION DE PRUEBAS

La admisión y valoración de la prueba en el proceso se rigen, por los principios de la inmediación, dirección y libre apreciación del juzgador, pues, de otro modo, evidentemente sobrarían preceptos como los de los artículos 32, inc., 2o., de la ley 52 de 1977 y 178, 233 y 244 del Código de Procedimiento Civil, que permiten calificar la idoneidad, conexidad y valor de convencimiento de los medios esgrimidos y rechazar los ineficaces, impertinentes o supérfluos, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Puesto que la administración no solamente no guardó silencio en cuanto a la petición de pruebas a que alude la accionante, sino que expresó nítidamente las razones para denegar aquéllas y, de otro lado, no recortó materialmente el término para responder el requerimiento, es claro que no se realizó el supuesto de hecho del artículo 152-6 (o 140-6) del Código de Procedimiento Civil afirmado por la actora.

En conclusión, no se consideran probadas las nulidades alegadas, punto en el que la sentencia impuganada se habrá de confirmar.

3. RECHAZOS

a) PASIVOS

Impuso su desestimación, según el acta de visita, el requerimiento especial y la liquidación de revisión, el hecho de que se hubieran exhibido, no los originales de los comprobantes internos y externos que justificaran las correspondientes contabilizaciones, destruidos sin sujeción a las reglas del artículo 60 del Código de Comercio, como bien lo apuntan la parte demandada y la Fiscalía, sino microfilmes de tales comprobantes, que se pretendieron complementar, posteriormente, con pagarés y "notas crédito" que, o no correspondían a todos los acreedores o al presunto deudor, o carecían de fecha cierta y auténtica, omitiéndose, por otro lado, la presentación de los documentos relativos a la cancelación de cada crédito, conforme al artículo 124, num. 2o., del decreto 2053 de 1974.

Así, en el caso particular de Emiliani & Cía. Ltda., la administración dijo que, de las "notas de abono" allegadas, algunas, por valor de $88.510.38, el discutido, pertenecían a deudor diferente (Mercados La Candelaria).

El rechazo de las fracciones de los créditos del acreedor antes citado y de Luis E. Cuítiva (por $66.970), se explica, por las aludidas deficiencias contables y probatorias, hecho no desvirtuado en juicio, no configurándose las alegadas violaciones de los artículos 42, 46 y 49 de la ley 52 de 1977 y 106 y 124 del decreto 2053 de 1974, ni del derecho de defensa.

b) COSTOS Y GASTOS

COMPRAS. Por lo que se desprende de lo manifestado en los actos administrativos reseñados (el acta, el requerimiento y la liquidación); los saldos de los pagos que se dijeron efectuados a los proveedores Distrileva, S.A. ($63.611) y Distribuidora Bacarat Medellín, Ltda. ($331.023), no eran admisibles, por cuanto la facturación exhibida no cubría tales remanentes, ni los microfilmes de los comprobantes eran prueba idónea.

Aunque en la instancia gubernativa la reclamante expresó haber anexado un certificado de contador público independiente, no probó tal afirmación, ni se halló dicho documento en el expediente, prevaleciendo la presunción de legalidad del acto resolutorio del recurso, en cuanto sostuvo la inexistencia del supuesto certificado. Subsisten, por ende, los motivos de rechazo originalmente esgrimidos por la administración, careciendo de fundamento, pues, el cargo de haberse violado los artículos 15 del decreto 2053 de 1974 y 9o. de la ley 145 de 1960.

ASESORIA TECNICA. Los mismos actos administrativos, en especial el acta de visita, citan como fuente de la actuación desestimatoria, tres facturas, a saber, dos de 5 de enero de 1980 y una de 15 de los citados mes y año, por valores de $300.000, $600.000 y $360.000, en su orden, según las cuales, la prestación del servicio por la sociedad Servicio de Desarrollo de Sistemas, SER, habría tenido lugar entre el 1o. de junio y el 30 de noviembre de 1979 y del 1o. al 30 de diciembre de tal año, hecho que contradice ostensiblemente lo aseverado por la accionante, en el sentido de que el cuestionado servicio se hubiera terminado y recibido en 1980.

Tales facturas no fueron aclaradas y dado que se utilizaba el sistema contable de ingresos y egresos causados y que el pertinente contrato era susceptible de perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, esto es, sin subordinación a formalidades especiales, ni mediando plazo, modo o condición, el gasto se debía entender realizado durante la vigencia fiscal de 1979, por generar el contrato sus efectos en ésta, incluso el de la satisfacción del pago como contraprestación del servicio (arts. 3o. y 16, num. 2o., decreto 2053 de 1974, y 1500 y 1501, Código Civil).

De aplicarse el artículo 4o. del decreto 3541 de 1983, como se pide, lo sería conforme a la hipótesis de su letra c), "en la fecha de terminación de los servicios".

INTERESES. Como se anotó, a propósito de las nulidades, los actos acusados presentaron las fracciones desestimadas de los supuestos beneficiarios Luis E. Cuítiva e INVERCREDITO, en una partida general de "obligaciones extrabancarias" y "comisiones", cuya inadmisibilidad derivada de la carencia de prueba, razón idéntica a la que había sustentado el rechazo parcial del pasivo, de donde concluyó la administración que debiendo mantenerse éste, procedía reconfirmar el de los intereses, razonamiento acertado, tampoco desvirtuado en juicio, pues no se hizo acopio de prueba alguna que acreditara la realidad del gasto o su relación de causalidad con la actividad productora de renta.

COMISION POR USO DE TARJETAS DE CREDITO. En el requerimiento y en la liquidación, el rechazo aparece fundado en la falta de contabilización de la partida, pese a figurar ésta solicitada como deducción en el renglón 116 de la declaración de renta, sin prueba que avalara su deducibilidad. La primera resolución del recurso ratificó la inadmisibilidad, en cuanto el certificado de revisor allegado, no era lo suficientemente explícito respecto de la afectación real de la renta bruta por tal concepto y su contabilización y soporte documental.

Es tesis de la Sala, que una certificación que, como la exhibida, no precisa los libros, asientos y soportes contables comprometidos en las transacciones, con indicación de folios, fechas y números de orden, ni da razón de la imputación del ítem a ingresos o activos del respectivo ejercicio, no prueba debidamente las partidas a que se refiere, así esté firmada por revisor fiscal o contador público acreditado.

TRANSPORTES. La partida, según reporte del acta de inspección, se encontraba dentro de las que se pretendió acreditar con microfilmes sin soporte en comprobantes internos y externos y figuraba, igualmente, en el renglón 116 de la declaración. El requerimiento, la liquidación y la providencia del funcionario local de recursos tributarios, reconfirmaron la glosa por razones análogas, esta última, además, por no considerar que, "algunas hojas del libro de relación de asientos", anexas a la reclamación, tuvieran, por sí solas, algún mérito.

Puesto que, como bien lo resaltó dicho funcionario, lo que se debatía no era la contabilización, o no, de la partida en cuestión, sino la falta de soporte de los correspondientes asientos o registros, ciertamente nada probaban las "hojas" acompañadas al escrito de reconsideración, persistiendo el mismo defecto contable señalado originalmente, sin enmienda alguna posterior.

REGALIAS. En modo alguno cabe atribuir, a las disposiciones que adopta el funcionario en la resolución del recurso gubernativo, el carácter de "liquidación", así aclaren, corrijan, revoquen o confirmen ésta, pues ello

implicaría la flagrante confusión del efecto con la causa y objeto de la decisión y la denegación absoluta del poder para proferirla. El pronunciamiento que recaiga, debe remitir, necesariamente, al acto impugnado, afectándolo en cualquiera de los enunciados sentidos, o en ninguno, por innibición, que es el efecto propio de la decisión; en tanto que el objeto y causa estarían dados, respectivamente, por los postulados de la impugnación y los presupuestos fácticos y jurídicos presentados por las partes o por el juzgador, como derecho procesal común.

Del hecho de que el funcionario que absolvió la consulta, basado en la declaración del ente comunitario y el contrato de regalías, hubiera hallado que éstas no tributaban, por ser tal la "intención buscada" por la cláusula 10a. del contrato, no se colige, pues, variación alguna de los motivos originarios del requerimiento y la liquidación, primero, porque según lo dicho, la providencia así proferida no es acto liquidatorio y, segundo, porque lo expuesto en la misma, constituye apenas reafirmación de los asertos, según los cuales, el valor en controversia habría excedido el importe de lo estipulado y constituiría distribución de utilidades, solo que con una sustentación de mayor objetividad. No está probada, por tanto, la infracción del artículo 46 de la ley 52 de 1977 invocado.

En cuanto al mecanismo operativo creado entre la demandante y el ente comunitario, no se discute la efectividad de las recíprocas erogaciones por regalías y primas, o la causa de éstas, a saber, en su orden, el goce de la marca y el fomento de la productividad, y ni siquiera la validez del contrato; como que es, casualmente, de su funcionalidad y eficacia de donde deriva la prueba de los hechos materia de la controversia.

Pero es evidente, que una prestación en regalías que revierte, por contraprestación en primas, a las mismas personas físicas o societarias, directa o indirectamente, desnaturaliza no solamente los criterios de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad, sino la propia noción de gasto, entendiendo por éste, en el caso específico de las regalías, conforme a las precisiones del artículo 55, inc. 1o. del decreto 2053 de 1974, el desembolso susceptible de constituír renta bruta de capital para el beneficiario.

En efecto, en primer término, no es razonable que por causa de la liquidación de una sociedad y la constitución de otra, exactamente con los mismos asociados, no se hubiera concedido a ésta el derecho a explotar directamente un nombre y enseña que, según palabras del señor apoderado de la demandante, tan particulares beneficios de todo orden le habían reportado en el pasado a la liquidada.

Tampoco es válida la afirmación de que dicha sociedad se obligara a pagar regalías a sus propios accionistas, ahora condueños de dicha propiedad industrial, agrupados o no en otro ente, por el uso de los distintivos, fórmu-

las contrarias a toda previsión práctica o económica, que no solamente nacen de la erogación una especie de inversión recuperable ajena a la índole del gasto, porque, en tal caso, no constituiría renta bruta *real* para el beneficiario, sino que se traduce, indiscutiblemente en la creación de un desembolso innecesario, que si bien supone efectos "interpartes", por el principio de la normatividad de las cláusulas contractuales de que habla el artículo 1602 del Código Civil, no es oponible a la administración tributaria, calificada como se halla ésta, por virtud, entre otros, de los artículos 45 del decreto 2053 de 1974 y 30 de la ley 52 de 1977, para determinar la necesidad y proporcionalidad de las expensas.

Sobre el particular, dijo la Sala en la sentencia de 2 de marzo de 1990, Expediente 1957, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate, citada por la demandada, que el desconocimiento de los efectos fiscales de determinados negocios jurídicos, no niega la validez de éstos, ni invade competencias de otros órganos o funcionarios, por ser facultad propia de la administración impositiva, velar porque no se infrinja la obligación directamente, o "a través de operaciones que, aunque virtual o aparentemente legales, tengan como objeto menguar los intereses del fisco ...", a más de que, "la interpretación de la ley tributaria no puede atenerse a la verdad formal (sino que) debe buscar siempre la verdad real en la determinación de la carga impositiva ...", para que no resulte ineficaz la acción fiscalizadora.

Es que hacer imprescindible lo notoriamente inútil, como lo pretende el contrato de regalías, implica, además, derogar por convenio privado las prescripciones de la ley en la materia, en contravía del artículo 16 del citado estatuto civil.

En segundo lugar, como bien lo observó la demandada en su resumen de la audiencia, por parte alguna figura demostrado el incremento del índice de productividad generado por la utilización de marcas y enseñas, razón de más que desvirtúa las alegadas necesidad y causalidad del desembolso.

Por supuesto, la circunstancia de que la deducción se hubiera reconocido inveteradamente por la administración, o de que la Comunidad se hubiera visto afectada, en el mismo ejercicio, por ciertos actos de fiscalización sobre hechos conexos con los que se ventilan en el proceso, es irrelevante, pues lo primero a lo sumo probaría la incuria de los funcionarios impositivos en el pasado y, respecto de lo segundo, no cabría ningún pronunciamiento, por no encontrarse tales actos a conocimiento de la Sala en este juicio y carecer de interés la situación tributaria actual del ente comunitario.

El hecho de que éste deba responder fiscalmente por sus actos de declaración y liquidación privada, no exonera al ente societario de los suyos.

Finalmente, no se considera que el contrato de regalías hubiera sido indebidamente interpretado, porque si, como se deja expuesto, el desem-

bolso por regalías que hace la demandante, revierte por primas a sus accionistas en el excedente del 12% del valor de la marca y otras apropiaciones, es decir, por la casi totalidad de su importe, no tiene los caracteres esenciales de gasto.

No debiendo prosperar los cargos por el quebrantamiento de los preceptos constitucionales y legales que se citan en este aparte, ni los esgrimidos respecto de las demás deducciones y costos, se debe mantener igualmente, el fallo recurrido en lo que hace a los mismos.

4. SANCION POR LIBROS

a) PRESCRIPCION.

La Sala ha dicho, repetidas veces, en cuanto a la aplicación de la ley penal en materia tributaria, que ni por la índole de la sanción o del procedimiento, ni del control jurisdiccional del acto sancionatorio, surge elemento penal alguno que deba tratarse con arreglo a las codificaciones invocadas en la demanda, toda vez que lo que se pretende prevenir y rectificar son determinados comportamientos de orden estrictamente administrativo, lesivos del interés económico del Estado, y no conductas antisociales, generalmente reprimidas por medidas restrictivas de la libertad personal, y, también, que la gestión administrativa exige objetividad, para que sea cumplida y eficaz, propósitos que se harían nugatorios subordinando el control de gestión a la prueba de elementos subjetivos, como el dolo o la culpa (sentencia de la Sala, de 13 de septiembre de 1991, proferida en el proceso 3281, demandante, Corporacion de Ahorro y Vivienda Las Villas).

Por otra parte, no es posible suplir, a fortiori, vacíos normativos que no existían en el régimen especial de las sanciones tributarias, como acertadamente se dice en el alegato de conclusión de la demandada y el concepto fiscal.

Dice, en efecto, el artículo 41 de la ley 52 de 1977, reproducido, en lo esencial, por los artículos 19 del decreto 3803 de 1982 y 75 de la ley 9a. de 1983, que la liquidación de revisión se debe practicar, "dentro de los dos (2) años inmediatamente posteriores a la fecha de presentación de la declaración o de la última adición" y que en el mismo acto se han de imponer, "las sanciones que deben aplicarse conjuntamente con la liquidación del tributo".

Y el 16 del decreto 2821 de 1974, igualmente reproducido por el 85, inc. 2o., de la ley 9a. de 1983, específicamente en relación con la sanción por libros, que "las sanciones que deban aplicarse en el acto de liquidación de impuestos (...), prescriben en igual término al establecido para (...) revisar ..."

Habiéndose, pues, aplicado la sanción en controversia conjuntamente con la liquidación de revisión, indiscutiblemente su término de prescripción era el común de dos años previsto para revisar, que se debía contar, no desde la incursión en la irregularidad contable, como lo pretende la demandante, sino a partir de la fecha de presentación o última corrección de la declaración del período, conforme a disposiciones que regían, no solo a tiempo de configuración de la informalidad sancionable, sino en el momento de imponerse la multa, por lo que, obviamente, resulta supérfluo el examen de los principios y reglas sobre la aplicación de la ley tributaria en el tiempo, no obstante sus particulares connotaciones, que igual habrían dado razón a la administración.

Y como también los artículos 73 de la ley 52 de 1977 y 22 del decreto 3803 de 1982, prevén la suspensión del plazo para revisar (y, por supuesto, para sancionar, según lo demostrado antes), por el lapso de tres meses contemplado para la contestación del requerimiento especial, no es cierto que el cómputo del término de prescripción de la multa debiera hacerse sin consideración a la aludida suspensión, en cuyo caso, habiéndose presentado la declaración tributaria el 9 de abril de 1981, la sanción impuesta en el acto liquidatorio de 8 de julio de 1983, se hallaba en tiempo.

b) MOTIVOS.

La falta de traslado del acta de visita y la no cuantificación de la multa en el requerimiento, alegadas en el escrito de apelación, carecen de fundamento legal como motivo de impugnación, no solamente, como bien lo dice la demandada, por no haber sido objeto de reclamación ante la administración ni, por ende, del debido agotamiento gubernativo, sino porque, referente al acta, el régimen del decreto 1651 de 1961 en el punto, fue sustituido por disposiciones expresas de la ley 52 de 1977, en especial, el artículo 42 que instituyó la figura del requerimiento especial; y, en el caso de la cuantificación, porque se trata de una formalidad que no regía a tiempo de notificarse el requerimiento, el 6 de abril de 1983, como que fue establecida por el artículo 45 del decreto 2503 de 1987, según lo admite la apelante.

Por otra parte, el hecho de que la sentencia recurrida diga "sanción por inexactitud", en lugar de "sanción por libros", no es atribuible más que a un error de transcripción, ya que del texto de lo ahí definido no se colige que se hubiera resuelto sobre la primera de tales sanciones. En ello, se comparten las apreciaciones de la demandada.

En cuanto a la denunciada "inconsistencia en las razones", en ninguna parte del acta, el requerimiento o la liquidación se advierte tal irregularidad.

Contrariamente, dichos actos, fundado el segundo en los artículos 34 del decreto 2821 de 1974 y 2o. del decreto 1495 de 1978 y, el último, en los

artículos 56 y 57 del decreto 3803 de 1982, en consonancia con el 83 de la ley 9a. de 1983, coinciden en señalar que la contabilidad de la inspeccionada no reflejaba la verdadera situación económica y financiera de ésta, ya que los comprobantes internos y externos de las contabilizaciones por costos, deducciones y pasivos, aunque reproducidos en microfilmes, se había destruido en su mayoría, sin observar las reglas del artículo 60 del Código de Comercio.

Reportan, igualmente, la no contabilización de un crédito activo por $245.710 constituido en favor de Economatos, Ltda., y de intereses percibidos de Caja Social de Ahorros y Banco Industrial Colombiano, en cuantías de $78.750 y $323.878, respectivamente, resaltándose en la liquidación el hecho de que la contribuyente hubiera admitido estas omisiones contables.

Si la providencia que desató el recurso de reconsideración, trajo en apoyo de sus argumentos, a más de las informalidades contables por ausencia de soportes, el hecho concreto de las no contabilizaciones, no se consideran demostradas la "conducta desleal", la "lesión grave del derecho de defensa", ni menos el quebrantamiento de los artículos 42, 46 y 47, num. 2o., de la ley 52 de 1977, que esgrime la accionante, habiéndose limitado el reseñado acto resolutorio a la mención de hechos claramente establecidos en la actuación administrativa antecedente.

Dicen los artículos 51 y 59 del Código de Comercio, a que remite el 33 del decreto 2821 de 1974, que los comprobantes que respalden las partidas asentadas en libros, hacen parte de la contabilidad; y que entre asientos y comprobantes, debe existir la debida correspondencia, "so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos ..."

Y el citado artículo 33 del decreto 2821, en sus numerales 1o. y 2o., que la contabilidad, para efectos fiscales, debe, "mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras"; y hacer posible, "ejercer un control efectivo y reflejar, en uno o más libros, la situación económica y financiera de la empresa ..."

Del articulado en referencia, se infiere, que una contabilidad sin comprobantes, de suyo incompleta, no deja ver la "debida correspondencia" entre asientos y comprobantes, no permite el efectivo control de fiscalización, ni, en conclusión, prueba ni "refleja" las operaciones asentadas, de donde, los motivos aducidos por la administración, de conformidad con los artículos 34, num. 3o. del decreto 2821 de 1974, 2o. del decreto 1495 de 1978, 56 y 57 del decreto 3803 de 1982 y 83 de la ley 9a. de 1983, en el sentido de que, a tiempo de la inspección, los libros investigados no reflejaban el verdadero movimiento del negocio, son incontrovertibles.

Sobre la vigencia y aplicabilidad de los preceptos invocados por la administración, en especial de los tres últimamente citados, no cabe el menor reparo, pues se trataba de normas procesales de inmediata aplicación, de acuerdo con la regla del artículo 40 de la ley 153 de 1887, no restringidas por las excepciones que éste contempla, ni por consideraciones de favorabilidad de la ley penal, según se definió al comienzo.

De otro lado, no es exacto que el artículo 57 del decreto 3803 de 1982 atenúe el rigor de las primitivas disposiciones del decreto 2821 de 1974, en cuanto a las exigencias en materia contable. La locución "razonablemente" que la norma añade, implica necesariamente la existencia de registros contables y documentos internos y externos de soporte, pero de algún modo afectados por deficiencias menores, pues ya se dijo que unas contabilizaciones sin soportes, no prueban ni reflejan las operaciones contables, por más "razonablemente" que se quisiera valorar tal medio probatorio.

El hecho de que en la vía gubernativa se hubiera reconocido la mayor parte de los pasivos, costos y deducciones originalmente desechados, manteniéndose solo cantidades de reducida cuantía, no desvirtúa los supuestos de hecho y motivos de la sanción, ni ésta misma, primero, porque la contabilidad debe estar en forma en el momento o en el curso de la visita de inspección, de modo que sus posteriores enmiendas o rectificaciones, a lo sumo darían lugar al reconocimiento de los ítems modificados o rechazados, pues la Sala ha dicho que la visita no descalifica a perpetuidad los libros y efectos de comercio y que solo en el caso de la negativa absoluta a la exhibición se impondría al contribuyente la prueba de sus transacciones por medios diferentes a su contabilidad; si fuera cierto que las complementaciones o correcciones efectuadas después de concluida la visita, hicieran desaparecer los presupuestos de la multa, evidentemente sobrarían las normas relativas a su determinación y aplicación y a la preclusividad de los respectivos términos; segundo, porque los reconocimientos que se hicieron en la vía gubernativa por concepto de pasivos, costos y deducciones (la mayor parte de los 560 millones de pesos, o más, que sumaban los rechazos, según la actora), se sustentaron en pruebas distintas de la contabilidad, o que se habían reunido posteriormente a la visita, como aparece en las correspondientes resoluciones del recurso; y tercero, porque el importe de las modificaciones o rechazos, no tienen ninguna relevancia legal para la aplicación o cuantificación de la multa que, por lo demás, se repite, está fundada, tanto en la falta de contabilización del crédito activo y los intereses recibidos, como en la ausencia de soportes contables, y no en "microfilmaciones defectuosas", o partidas de valor ínfimo.

En cuanto a la destrucción ilegal de los cuestionados comprobantes, puesto que la ley ha de ser la primera fuente y razón de todo acto y no es lícito ignorar sus preceptos, es manifiesto que los yerros ocasionados por conceptos, de alguna dependencia oficial que ni siquiera habían sido objeto

de publicación, como lo afirma la demandante, no tienen justifiçación, ni cabría entenderlos generados por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito que excusaran la responsabilidad, según lo pretende la actora.

La administración, no violó ninguna de las normas que se señalan en este aparte de la demanda, sino que procedió conforme a éstas. Sobre preceptos del Código Penal o de Policía, ya se expresó por qué no procede su aplicación en la materia tributaria.

Por último, dado que la alegada informalidad, consistente en la indebida tasación de la sanción, en cuanto a los ejercicios fiscales y factores numéricos pertinentes en la determinación de la base imponible, no fue alegada en la vía gubernativa no cabe tampoco ningún pronunciamiento al respecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTABILIDAD–Valor probatorio/**PRUEBA CONTABLE**–Valoración

Si la Administración tomó como fundamento los registros contables de la actora para determinarle el impuesto sobre la renta, y conforme se consigna en el requerimiento especial toma en cuenta las diferencias existentes entre los valores contabilizados y declarados para admitir como reales las diferencias a favor de la Administración, también ha debido tomar las diferencias a favor de la sociedad contribuyente, pues la contabilidad constituye un documento único que debe analizarse y aceptarse o no en su totalidad para efectos probatorios.

LIBROS DE CONTABILIDAD–Valor probatorio/**PRUEBA CONTABLE**–Ineficacia/**CERTIFICACION CONTABLE**–Valor probatorio

Existiendo la inspección administrativa que da cuenta de la falta de concordancia entre libros auxiliares y la falta de soportes contables, hechos no desvirtuados por el contribuyente, no queda entonces la menor duda de que la contabilidad de la sociedad contribuyente perdió para efectos fiscales el carácter de "prueba suficiente". Así mismo el certificado del contador público, en cuanto da fe de los mismos registros contables, tampoco tiene el valor de plena prueba, en razón de que los libros de contabilidad al no cumplir las exigencias legales no permiten demostrar plenamente los hechos alegados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3691. Actor: Inversiones Jiménez Urrea Ltda. Nit. 90.315.391. Apelación de la sentencia del 3 de mayo de 1991 del Tribu-

nal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1985. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 3 de mayo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "INVERSIONES JIMENES URREA LTDA. NIT 90.315.391, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Cali le determinó el impuesto a la renta y complementarios por el año gravable de 1985.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1985 el 18 de abril de 1985, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali bajo el número de radicación 00549.

El 29 de enero de 1987, la Administración de Impuestos Nacionales mediante el requerimiento No. 000012 propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia del rechazo de costos por compra de materia prima por valor de $14.322.782, por contratos $983.600, debido a que al efectuarle inspección administrativa a la contabilidad encontró que los valores solicitados en la declaración de renta eran superiores a los contabilizados, que las compras registradas carecían de soportes contables y que sobre el valor de los servicios pagados por $33.000 no se efectuó retención en la fuente.

Proposición que concretó en la liquidación de revisión No. 0045 del 4 de febrero de 1985, al no encontrar satisfactoria la respuesta al requerimiento que dio la sociedad con relación a costos por valor de $8.855.311, que finalmente desestimó.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente recurrió en reconsideración ante la misma Administración de Impuestos Nacionales. Recurso que fue fallado mediante la Resolución No. 035 del 7 de febrero de 1989 con confirmación de la liquidación de revisión.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la contribuyente acusa el acto administrativo por ser violatorio de los artículos 66 del Código de Comercio y 26 de la Constitución Nacional, ya que a su juicio la Administración, para efectos de la inspección contable, debió observar el artículo

66 del Código de Comercio, y al no hacerlo, violó el derecho de defensa protegido por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Posteriormente en escrito presentado el 11 de octubre de 1979 adiciona la demanda y señala como normas violadas los artículos 48, 50 a 53, 57, 59, 63 y 78 del Código de Comercio; 78 inciso 1o. y 79 del Decreto 1651 de 1977; 15 inciso 1o., 24 literal a) del Inciso 1o. y 25 del Decreto 3803 de 1982; 33 del Decreto 2821 de 1974; 9o. de la Ley 145 de 1960 y 31 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, denegó las súplicas de la demanda al considerar que el acervo probatorio presentado por el contribuyente y en especial el experticio contable, valorado de acuerdo con lo señalado por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, no desvirtuaban plena y concretamente cada una de las glosas formuladas por la Administración de Impuestos, que dan cuenta de errores diferentes a los de transcripción que señala el dictamen en forma global.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia acusándola de valorar equivocadamente la prueba contable presentada, al analizar por separado la certificación del contador público, y el peritazgo practicado sin tener en cuenta que corrobora y avala las cifras númericas que contienen las mencionadas certificaciones. Que la magistrada conductora del proceso desaprovecho la facultad oficiosa de solicitar ampliación del peritazgo.

Que no se aceptó en su totalidad el dictamen pericial rendido por verdaderos profesionales y expertos en la materia a quienes les fueron presentados tanto los libros de contabilidad como la declaración de renta. Dictamen que puesto a consideración de las partes no fue objetado, quedando así en firme y convirtiéndose en plena prueba al unirse con los certificados expedidos por el contador público.

Enfatiza que las pruebas recaudadas son suficientes para desvirtuar la revisión contable realizada por las autoridades tributarias ya que comprueban todo lo contrario a lo afirmado en el acta de visita.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado judicial se opone a las pretensiones de la actora, alegando que el valor probatorio otorgado por la ley a los libros de contabilidad se desvirtúa cuando ésta no es llevada en

debida forma y que la Administración al practicar la visita encontró las irregularidades que puso de manifiesto en el acta de visita relacionadas con la carencia de soportes contables de los comprobantes tanto internos como externos y con el registro como acreedores de personas diferentes a las relacionadas en los libros de contabilidad.

CONCEPTO DE FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse, y en su lugar acceder a hacer un análisis de los diferentes rechazos efectuados por la Administración, teniendo en cuenta las constancias dejadas en el acta de visita que practicó la Administración de Impuestos, las pruebas allegadas por el demandante y en especial el concepto pericial. Pues aún cuando el demandante no analiza cada una de las glosas formuladas en el memorando explicativo de la liquidación oficial, y tampoco en el concepto de la violación hace alusión a las modificaciones del denuncio rentístico, y a pesar de la forma ligera en que los peritos manifestaron que se incurrió en errores de transcripción, que obligaron a la sociedad a efectuar registros contables para compensar tales errores, sin indicar exactamente cual fue el procedimiento seguido, en aras de la equidad deben aceptarse las diferencias que operan a favor del contribuyente, con el fin de efectuar las compensaciones correspondientes.

Estima que, igualmente el rechazo de los $2.200.000 correspondiente a la diferencia entre los registros de los libros auxiliares y principales no debe mantenerse, pues los únicos elementos de juicio con capacidad de certeza, son los asientos contables en los libros oficiales debidamente registrados, pues los libros auxiliares pueden tener diferencias, errores u omisiones que deben ser corregidos al momento de efectuar los asientos en los libros principales.

Considera necesario mantener los rechazos por $6.171.307 por compras no respaldadas con comprobantes externos y $1.016.600 por concepto de mano de obra, porque el demandante no se preocupó ni en la vía gubernativa ni dentro del proceso jurisdiccional por desvirtuar los cargos.

Que la suma de $1.145.744 por concepto de costos generales de fabricación rechazados por no corresponder a los registros contables y no haberse efectuado la retención en la fuente sobre los pagos, así como la partida de $8.855.311 pedida como costo de activos móviles, no deben aceptarse porque el contribuyente no formuló objeción alguna ni presentó pruebas para desvirtuar su rechazo, ni hizo alusión alguna en los diferentes escritos.

Por último, considera que el contribuyente si se hizo acreedor a la sanción por inexactitud, pero que ésta debe graduarse nuevamente teniendo en cuenta las partidas que deben aceptársele.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El motivo fundamental de la apelación es el cargo que hace la actora a la sentencia del Tribunal, de haber valorado de manera equivocada la prueba contable dentro del proceso, al estudiar en forma separada el análisis de la contabilidad y las certificaciones del contador público aportadas en la vía gubernativa, y el no haberse ejercido por parte del Tribunal la facultad oficiosa de pedir ampliación del peritazgo, limitándose a pedir aclaración del dictamen pero no sobre las cifras numéricas debatidas.

Observa la Sala que todo el proceso relacionado con la determinación y discusión del impuesto sobre la renta liquidado a la sociedad por la vigencia fiscal de 1985, gira en torno a la prueba contable, bien por haberse efectuado sobre ella una inspección administrativa, bien por haberse certificado sus registros por contador público o bien por haberse practicado un experticio contable, ordenado por el *a-quo.*

El título IV del Código de Comercio y el Decreto 2821 de 1974, regulan lo concerniente a los libros de contabilidad y demás papeles del comerciante, que le permiten al contribuyente dar cuenta y razôn de todas sus operaciones, no solo en beneficio propio sino de terceros que de una manera u otra resultan con él vinculados.

Precisamente, para que los libros de contabiliad tengan la aptitud de servir como prueba, están sujetos al cumplimiento de determinadas exigencias legales sin cuyo cumplimiento no pueden suministrar la historia materialmente verdadera de los negocios del comerciante.

Es así, como el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974 exige:

"Para efectos fiscales, la contabilidad de los comerciantes deberá sujetarse al título IV del libro I, del Código de Comercio y, además, a las siguientes disposiciones:

"1. Mostrar fielmente el movimiento diario de venta y compras, las operaciones correspondientes podrán expresarse globalmente, siempre que se especifiquen de modo preciso los comprobantes externos que respalden los valores anotados;

"2. Cumplir los requisitos señalados por el gobierno mediante reglamentos, en forma que, sin tener que emplear libros incompatibles con las características del negocio, haga posible, sin embargo, ejercer un control efectivo y reflejar, en uno o más libros, la situación económica y financiera de la empresa".

Y el 40 ibidem señala:

"Tanto para los comerciantes como para quienes no estando legalmente obligados lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

"1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso;

"2. Estar respaldado por comprobantes interno y externos;

"3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural;

"4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley;

"5. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 del Código de Comercio".

El cargo de la Administración se refiere primordialmente a la falta de correspondencia en los registros de los libros principales y auxiliares, registros con titular distinto y ausencia de soportes contables lo cual desconoce el criterio de que la contabilidad se constituye por el conjunto de documentos integrados, por libros principales y auxiliares, registros contables, comprobantes de diario, facturas u otros documentos tanto internos como externos que sirven de soporte a los comprobantes y asientos.

En este orden de ideas la llamada inspección contable administrativa no tiene otro objeto que el de constatar el adecuado registro en la contabilidad de los hechos económicos realizados por el contribuyente. El certificado del contador público, da fe sobre tales registros y el experticio contable, cuya práctica ordenó el Tribunal, también se refiere a la misma contabilidad.

De tal suerte que existiendo dentro del proceso la inspección administrativa que da cuenta de la falta de concordancia entre libros auxiliares y la falta de soportes contables, hechos no desvirtuados por el contribuyente, no queda entonces la menor duda de que la contabilidad de la sociedad contribuyente perdió para efectos fiscales el carácter de "prueba suficiente" establecido por el artículo 40 transcrito.

Así mismo el certificado del contador público, en cuanto da fe de los mismos registros contables, tampoco tiene el valor de plena prueba, como lo pretende el apoderado judicial de la actora, en razón de que los libros de contabilidad al no cumplir las exigencias legales no permiten demostrar plenamente los hechos alegados.

De la misma manera la falta de concordancia entre los registros del contribuyente y su propia declaración tributaria hace perder a ésta toda

credibilidad y en principio atendiendo a lo ordenado por el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961, deben prevalecer los registros contables, y en estos entender los comprobados hasta concurrencia del valor que registren los comprobantes.

Precisamente con el fin de hacer prevalecer estos, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca atendiendo a la petición de la actora, ordenó mediante Auto de 14 de febrero de 1990, visible a folio 144 del cuaderno principal, la práctica del dictamen pericial sobre los libros de contabilidad de la demandante, para que por intermedio de peritos contadores se verificaran los numerales 1 y 2 del folio 79 el cual hace referencia al punto "solicitud de pruebas".

Que dice así:

"1) Un peritazgo contable a los libros de contabilidad y sus comprobantes de la sociedad "Inversiones Jiménez Urrea Ltda". NIT. 90.315. 391, cuya dirección es calle 15 norte No. 6N-34 Of. 702 de Cali, por expertos en la materia, con la finalidad de vertificar y probar una vez más, que dichos libros siempre se han llevado de acuerdo a las normas legales sobre la materia y que nunca ha existido diferencia de valores de los libros con los valores insertados en la declaración de Renta por el año gravable de 1985 y otros datos relacionados con la demanda.

"2) Una inspección Judicial a las oficinas de la mencionada sociedad comercial, para establecer que se trata de una mediana empresa, a la cual se le está creando su ruina con una revisión contable temeraria".

Atendiendo tal petición, los peritos ROGER ANTONIO ECHEVERRY Y CELMIRA DUQUE SOLANO, luego de transcribir textualmente la solicitud formulada por el representante legal de la sociedad, rinden su concepto sobre lo específicamente pedido, sin referirse absolutamente a ninguna de las cifras y conceptos glosados por la Administración, razón por la cual el Tribunal dando aplicación al artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, no sin antes haber solicitado aclaración sobre los "errores de transcripción" señalados en el dictamen, valoró la prueba y la consideró no suficiente para probar o desvirtuar los cargos formulados por la Administración, que se referían a "errores diferentes".

Realmente no podían los peritos referirse a las cifras y conceptos glosados por la Administración, que la actora pretendía desvirtuar, porque en la solicitud no se les formuló tal petición y tampoco debía el juzgador de primera instancia suplir las deficiencias de la petición de la actora, pues la carga de la prueba pertenece a las partes según su posición en el litigio, ya que son ellas quienes conocedoras de sus intereses y de los hechos económicos que

alegan, pueden pedir los medios de convicción más convenientes a sus pretensiones.

En relación con la actividad y la prueba de oficio por parte del Juez, si bien ella puede ser decretada por el Consejero conductor del proceso, cuando se llega a la íntima convicción de que es necesaria para mejor proveer y va orientada a la búsqueda de la verdad real, en manera alguna busca suplir la negligencia de una de las partes en el manejo de los medios probatorios y menos aún implica que sea el juez el obligado a señalar las pruebas o hechos a probar.

Sin embargo estima la Sala, que si la Administración tomó como fundamento los registros contables de la actora para determinarle el impuesto sobre la renta, y conforme se consigna en el requerimiento especial toma en cuenta las diferencias existentes entre los valores contabilizados y declarados para admitir como reales las diferencias a favor de la sociedad contribuyente, pues la contabilidad constituye un documento único que debe analizarse y aceptarse o nó en su totalidad para efectos probatorios.

Comparte así la Sala el concepto de su colaboradora Fiscal, cuando afirma que si bien es cierto que de acuerdo al análisis de la cuenta 130-02 materiales resultan diferencias entre lo realmente contabilizado y lo solicitado en la declaración tributaria, por mayor valor de $5.951.475, también es cierto que existen registros por cuantía superior a la solicitada en la declaración tributaria, que arrojan una diferencia a favor del contribuyente por $4.394.020. Valor que ha de aceptarse en esta oportunidad.

Pero no sucede lo mismo en relación con el rechazo de los $2.200.000, por la diferencia resultante entre los valores consignados en el libro principal y auxiliares del contribuyente, toda vez que ni el certificado del contador público ni el experticio contable dan explicación, ni certeza sobre el movimiento de la cuenta compras registradas en el libro auxiliar, contabilizada conforme al comprobante de diario 11-85-07, que según afirma la Administración de Impuestos, carecía del debido soporte.

En relación con los demás puntos debatidos, estima la Sala, que en la prueba aportada por la sociedad no fue suficiente y eficaz para enervar los cargos hechos por la Administración de Impuestos, las consideraciones del *a-quo* que así lo reconocen, merecen ser confirmadas en cuanto a ellos se refiere.

Como consecuencia del reconocimiento de la diferencia a favor del contribuyente, de las cifras consignadas en el acta de inspección contable y en el requerimiento especial, procede la práctica de una nueva liquidación que contenga el menor valor de $4.394.020 y una nueva graduación de la sanción por inexactitud, la que quedará así:

CONCEPTO		BASE	TARIFA	IMPUESTO
RENTA				
La gravada en la liquidación oficial		$9.551.719		
Menos diferencia de la cuenta No. 130-02 materiales, a favor del contribuyente, que se reconoce		$4.394.020		
Renta gravable		$5.157.699	18%	$ 928.386
Inexactitud				
Rechazos sujetos a sanción según liquidación oficial (f. 40 c.p.)	$7.713.099			
Menos suma aceptada	$5.157.699			
Base para la sanción	$2.555.400	459.972	160%	$ 735.955
TOTAL IMPUESTO Y SANCIONES A CARGO				$1.664.341

DISTRIBUCION A SOCIOS	
Renta gravable	$5.157.699
Menos Impuesto Renta	($ 928.386)
Menos Reserva legal apropiada	($ 57.106)
Valor a Distribuir	$4.172.207

	NIT	PORCENTAJE	RENTA GRAVABLE
JIMENEZ T. OTONIEL	2.421.817	60	$2.503.324
URREA T. MARTHA	38.976.632	12	$ 500.665
URREA T. HELBERT	14.953.335	4	$ 166.889
JIMENEZ C. HECTOR	16.593.992	4	$ 166.889
JIMENEZ C. MARIA L.	31.961.693	8	$ 333.775
JIMENEZ C. OTONIEL	16.693.598	12	$ 500.665
		100%	$4.172.207

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,

alegan, pueden pedir los medios de convicción más convenientes a sus pretensiones.

En relación con la actividad y la prueba de oficio por parte del Juez, si bien ella puede ser decretada por el Consejero conductor del proceso, cuando se llega a la íntima convicción de que es necesaria para mejor proveer y va orientada a la búsqueda de la verdad real, en manera alguna busca suplir la negligencia de una de las partes en el manejo de los medios probatorios y menos aún implica que sea el juez el obligado a señalar las pruebas o hechos a probar.

Sin embargo estima la Sala, que si la Administración tomó como fundamento los registros contables de la actora para determinarle el impuesto sobre la renta, y conforme se consigna en el requerimiento especial toma en cuenta las diferencias existentes entre los valores contabilizados y declarados para admitir como reales las diferencias a favor de la sociedad contribuyente, pues la contabilidad constituye un documento único que debe analizarse y aceptarse o nó en su totalidad para efectos probatorios.

Comparte así la Sala el concepto de su colaboradora Fiscal, cuando afirma que si bien es cierto que de acuerdo al análisis de la cuenta 130-02 materiales resultan diferencias entre lo realmente contabilizado y lo solicitado en la declaración tributaria, por mayor valor de $5.951.475, también es cierto que existen registros por cuantía superior a la solicitada en la declaración tributaria, que arrojan una diferencia a favor del contribuyente por $4.394.020. Valor que ha de aceptarse en esta oportunidad.

Pero no sucede lo mismo en relación con el rechazo de los $2.200.000, por la diferencia resultante entre los valores consignados en el libro principal y auxiliares del contribuyente, toda vez que ni el certificado del contador público ni el experticio contable dan explicación, ni certeza sobre el movimiento de la cuenta compras registradas en el libro auxiliar, contabilizada conforme al comprobante de diario 11-85-07, que según afirma la Administración de Impuestos, carecía del debido soporte.

En relación con los demás puntos debatidos, estima la Sala, que en la prueba aportada por la sociedad no fue suficiente y eficaz para enervar los cargos hechos por la Administración de Impuestos, las consideraciones del *a-quo* que así lo reconocen, merecen ser confirmadas en cuanto a ellos se refiere.

Como consecuencia del reconocimiento de la diferencia a favor del contribuyente, de las cifras consignadas en el acta de inspección contable y en el requerimiento especial, procede la práctica de una nueva liquidación que contenga el menor valor de $4.394.020 y una nueva graduación de la sanción por inexactitud, la que quedará así:

CONCEPTO		BASE	TARIFA	IMPUESTO
RENTA				
La gravada en la liquidación oficial		$9.551.719		
Menos diferencia de la cuenta No. 130-02 materiales, a favor del contribuyente, que se reconoce		$4.394.020		
Renta gravable		$5.157.699	18%	$ 928.386
Inexactitud				
Rechazos sujetos a sanción según liquidación oficial (f. 40 c.p.)	$7.713.099			
Menos suma aceptada	$5.157.699			
Base para la sanción	$2.555.400	459.972	160%	$ 735.955
TOTAL IMPUESTO Y SANCIONES A CARGO				$1.664.341

DISTRIBUCION A SOCIOS

Renta gravable	$5.157.699
Menos Impuesto Renta	($ 928.386)
Menos Reserva legal apropiada	($ 57.106)
Valor a Distribuir	$4.172.207

	NIT	PORCENTAJE	RENTA GRAVABLE
JIMENEZ T. OTONIEL	2.421.817	60	$2.503.324
URREA T. MARTHA	38.976.632	12	$ 500.665
URREA T. HELBERT	14.953.335	4	$ 166.889
JIMENEZ C. HECTOR	16.593.992	4	$ 166.889
JIMENEZ C. MARIA L.	31.961.693	8	$ 333.775
JIMENEZ C. OTONIEL	16.693.598	12	$ 500.665
		100%	$4.172.207

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) FIJASE en la suma de UN MILLON SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS ($1.664.341) el valor total que por concepto de Impuesto de renta y sanción corresponde pagar a la sociedad INVERSIONES JIMENEZ URREA LTDA. NIT. 90.315. 391, por el año gravable de 1985, así como la participación por renta a sus socios de conformidad con la liquidación y distribución consignadas en la parte motiva de esta providencia.

3) RECONOCESE al doctor HORACIO VASQUEZ MARIN como apoderado de la entidad demandada en los términos del poder que obra a folio 216 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carlos Martínez Conn,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION/SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La confrontación directa de la Resolución No. 8399 de 1986 del Ministerio de Obras Públicas con los artículos 43 y 338 de la Constitución Nacional y en especial con las que radican en el Congreso la potestad tributaria, no arrojan su manifiesta infracción, pues la Resolución acusada en ningún momento está creando la contribución de valorización. Simplemente está señalando que una obra específica la causa y ordena adelantar el trámite administrativo de determinación y cobro, pero no es este acto del Ministerio el que pueda considerarse como creador, *ab-initio*, de la contribución por valorización.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4037. Actor: Absalón Gartner Tobón C/ Ministerio de Obras Públicas. Autoridades Nacionales –Auto–

El doctor ABSALON CARTNER TOBON en su condición de ciudadano en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del C.C.A. interpone demanda contra la Nación para que se declare la nulidad de la Resolución No. 8399 de septiembre de 1986 originaria del Ministerio de Obras Públicas, mediante la cual se determina como obra nacional que causa contribución de valorización la pavimentación de la vía Pereira-Marsella.

La demanda reúne los requisitos formales para que sea aceptada y se procede a estudiar la solicitud de suspensión provisional que formula en el mismo escrito, con fundamento en los siguientes argumentos:

1o.– Los artículos 43 de la anterior Constitución y 338 de la vigente mandan que en tiempo de paz *solamente el Congreso* (o las Asambleas y Concejos) pueden imponer contribuciones; como el acto acusado no tiene rango de ley pero impone una contribución, es manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales.

2o.– El Congreso no puede delegar en autoridades administrativas la facultad de imponer contribuciones, según los mismos artículos de la Constitución ya citados, luego es inconstitucional la que se ejercita en el acto acusado, por supuesta delegación.

3o.– Por cuanto el acto acusado decreta obra pública que necesariamente conlleva decretación de gasto público, resultan también manifiestamente contrariados los artículos 150 (regla 3a.), 345 (1 y 2 incisos) y art. 339 de la Constitución vigente (y 76 No. 4o., 206 y 207 de la Constitución anterior).

SE CONSIDERA:

La Resolución del Ministerio de Obras Públicas, materia de acusación, dispone:

> "ARTICULO PRIMERO.– Determínase como obra nacional que causa contribución de valorización la pavimentación de la vía PEREIRA-MARSELLA.
>
> "ARTICULO SEGUNDO.– Ordénase adelantar el trámite técnico-administrativo para la liquidación, distribución y cobro del gravámen".

La confrontación directa del acto acusado con las normas constitucionales citadas y en especial con las que radican en el Congreso la potestad tributaria, no arrojan su manifiesta infracción, como lo sostiene el actor, pues la Resolución acusada en ningún momento está *creando* la contribución de valorización. Simplemente está señalando que una obra específica la causa y ordena adelantar el trámite administrativo de determinación y cobro, pero no es este acto del Ministerio el que pueda considerarse como creador, *ab-initio*, de la Contribución por valorización.

Tampoco puede establecerse con la simple confrontación que se arrogó facultades que no podía el Congreso de la República delegar, pues el Ministerio invocó para su expedición ..." las facultades legales que le confiere el Decreto No. 1173 de 1980, artículo 2o., numeral 2.5 y sexto, numeral 6.5"

y además, consideró que el Consejo Nacional de Obras Públicas emitió concepto favorable. Para concluír en el calificativo de ilegalidad de la actuación del Ministerio de Obras, sería necesario previamente establecer la inconstitucionalidad de las normas legales que invocó el Ministerio, lo cual obviamente no surge de la simple confrontación de las normas citadas.

Y, el tercer argumento, aunque dice estar "avalado por la sentencia del H. Consejo de Estado del 29 de julio de 1974", según dice, ya transcrita en lo pertinente, no explica en qué forma se sustenta este argumento, que no puede considerarse por tal circunstancia.

Por lo anterior, no es procedente decretar la suspensión solicitada.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

ADMITESE la demanda de nulidad de la Resolución 8399 del 24 de septiembre de 1986, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano ABSALON GARTNER TOBON vecino de Pereira, a quien se tendrá como parte demandante. En consecuencia, se DISPONE:

1o. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

2o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte o su delegado para recibir notificaciones.

3o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4o. Solicítese al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el envío de los antecedentes administrativos que hubiere y en lo pertinente sobre la expedición de la Resolución 8399 de septiembre 24 de 1986. (Término quince (15) días).

No se accede a decretar la suspensión solicitada por las razones expuestas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tratándose de un impuesto diferente al de Industria y Comercio, al impuesto de casinos y al impuesto de juegos permitidos, el Consejo de Estado ha precisado en varias oportunidades que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, de tal manera que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no hayan sido autorizados por la ley. O sea su facultad impositiva es derivada ya que requiere la autorización expresa en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos impuestos.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 415 del Acuerdo Municipal 051 expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca. Reiteración.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4034. Actor: Ricardo Augusto Ramirez Ospina C/Municipio de Floridablanca. Apelación Interlocutorios –Auto--

De plano, como lo autoriza el artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a decidir el recurso de apelación que el actor interpone contra el auto del 20 de agosto de 1991 del Tribunal Administrativo de Santander en cuanto, aceptó la demanda de nulidad de un artículo

del Acuerdo Municipal 051 de diciembre 6 de 1990 de Floridablanca, no accedió a decretar la suspensión provisional solicitada.

La demanda se refiere al artículo 415 del Acuerdo Municipal 051 expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca el 6 de diciembre de 1990 y mediante el cual determinó el impuesto a los juegos electrónicos permitidos. El sistema adoptado y criticado por el actor, radica en que estableció una tarifa fija mensual por cada juego o máquina.

La impugnación consideró que dicho sistema era violatorio de la Constitución Nacional vigente cuando se expidió el Acuerdo en sus artículo 43 y 76; el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932; el artículo 12 de la Ley 69 de 1946 y el artículo 227 del Decreto 1333 de 1986.

El Tribunal en el auto apelado no accedio a la suspensión por considerar que era materia que implicaba un estudio más detenido, propio para hacerlo en el momento del fallo definitivo.

El apelante sustenta su solicitud en que sólo le es permitido a los Concejos Municipales crear tributos cuando el Congreso por medio de una ley los autorice, y que, en el presente caso el Concejo Municipal de Floridablanca expidió la norma creando un tributo sin autorización legal.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Esta Sala accedió a suspender el Acuerdo Municipal que en igual sentido dictó el Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta mediante auto del 5 de abril de 1990 (Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos Exp. No. 2708). Así mismo, mediante auto del 14 de junio de 1991, Expediente No. 3499 se suspendió el Acuerdo 07 de 1988, proferido por el Concejo Municipal de la Ciudad de Cali.

Para los efectos de este negocio, basta citar un aparte del primero de los autos nombrados en el cual expuso:

> "El acto demandado establece un impuesto diferente para unos juegos determinados, el cual se cobra no sobre el valor de boletas o tiquetes, no sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se realice el juego. No puede entonces aceptarse que se trata ni del impuesto de Industria y Comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, en los términos regulados por la ley. Y tratándose de un impuesto diferente, el Consejo de Estado ha precisado en varias oportunidades que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, de tal manera que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no

hayan sido autorizados por la ley. O sea, su facultad impositiva es derivada ya que requiere la autorización expresa en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos impuestos.

Mediante el Acuerdo demandado, se creó un impuesto, sin que exista ley que lo establezca, autorice su imposición o señale sus condiciones y límites, lo cual hace evidente la violación manifiesta de normas superiores y es suficiente para que proceda la suspensión provisional de sus efectos jurídicos".

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

RESUELVE:

REVOCASE el numeral 2o. del auto del 20 de agosto de 1991 dictado en este proceso por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar, DECRETASE la suspensión provisional de la norma impugnada.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA/OBLIGACION TRIBUTARIA
–Consolidación

La obligación tributaria se consolida en el último día del respectivo año gravable, independientemente de la determinada en el período precedente, sin perjuicio de las correcciones o enmiendas de término preclusivo, de que sea susceptible la correspondiente liquidación privada y sin desconocer factores que por mandato legal se trasladan de un período a otro, como lo son el inventario final que se constituye en el inventario inicial del siguiente período, así como el valor del patrimonio líquido del año anterior, que con base en el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 es el que se tiene de referencia para la comparación patrimonial.

VALORIZACION NOMINAL

Las valorizaciones "nominales" del patrimonio constituyen un fenómeno de plusvalía, expresado en el exceso de la propiedad neta sobre el importe original de las inversiones de capital, pero que directamente no deriva de desembolsos efectivos en dinero o especie, sino de factores externos, generalmente fluctuaciones de la escala de precios que, teniendo la moneda como medida de valor, tiende a acusar disparidades con las cotizaciones habituales del mercado. Recíprocamente, las desvalorizaciones "nominales" se tendrían que atribuir a meras contingencias de la economía de mercado y, excepcionalmente, al demérito contable o físico del activo (depreciación, pérdida o destrucción, retiro parcial, etc.). Cuestiones todas que se concretan en la diferencia entre el valor de adquisición y el valor declarado como patrimonio al final del respectivo período.

ACTIVO–Valor patrimonial/**ACCIONES**–Valor patrimonial

El valor patrimonial de los bienes sujetos a declaración, se debe fijar también el último día del año, teniendo por base, según su naturaleza, el precio de adquisición, el costo fiscal (o costo ajustado declarado por el período inmediatamente anterior) o el avalúo catastral, el que sea mayor, incrementado por las adiciones, mejoras o construcciones del período declarado y opcionalmente (si son activos fijos) por los reajustes porcentuales anuales autorizados. Las acciones están sujetas al mecanismo del "valor intrínseco" o del mercado bursátil, según se coticen o no en bolsa de valores, siendo susceptible del reajuste porcentual anual indicado cuando hagan parte del activo fijo, pero solo para determinar la utilidad en su enajenación y no para declarar su patrimonio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C. febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3759. Apelación sentencia de abril 22 de 1991, Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año de 1982. Actor: Colombiana de Asesorías e Inversiones S.A. Colinversiones. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la Sociedad COMPAÑIA COLOMBIANA DE ASESORIAS E INVERSIONES S.A., "COLINVERSIONES, S.A.", la actora, contra la sentencia de 22 de abril de 1991, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1982, promovido en relación con la liquidación de revisión No. 404 de 10 de septiembre de 1985 y la Resolución No. 0301 de 28 de mayo de 1987, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

La liquidación impugnada, previo requerimiento, determinó la renta del ejercicio por comparación de patrimonios, habiendo desestimado, como factor de ajuste por 1981, disminuciones del costo de adquisición de las acciones poseidas en Jardines del Recuerdo de Bogotá, S.A. y Servicios de Cementerio S.A., en cifra acumulada de $19.218.563. Destacó igualmente que si, de acuerdo con el anexo B-2 de la declaración por 1982, tales acciones

se habían declarado en 1981 por $40.240.000, "más compras en 1982, $1.417.702, (menos) ventas, $4.254.481, (y) valor declarado en 1982, $40.400.095. ...", la valorización habría sido sólo de $2.996.874; aparte de que si a 31 de diciembre de 1981, las acciones tenían un "costo ajustado" de $69.662.869, y se declararon allí por $40.240.000, "esto significa que las mismas se desvalorizaron en ese año por valor de $29.422.869 ...".

Así las cosas, "el ajuste por menos precio ocurrido en 1982" (respecto del ejercicio fiscal de 1981), solo implicaría una desvalorización menor de las acciones en cuestión.

Por lo demás, no encuentra que las certificaciones de contador público aducidas hicieron mención, "de las valorizaciones y desvalorizaciones efectuadas en el año/82 ...".

Esta actuación fue mantenida íntegramente en la vía gubernativa, con razonamientos similares, destacándose el hecho de que fueran los datos suministrados por la propia contribuyente, los que habían permitido establecer la diferencia patrimonial en controversia, no desvirtuada por las atestaciones de contador público.

LA DEMANDA:

Señala quebrantados, "por indebida aplicación", los artículos 74 del decreto 2053 de 1974, 91 del decreto 187 de 1975 y 73 del decreto 1651 de 1961.

Y, "por falta de aplicación", los artículos 9o. de la ley 145 de 1960, 33 de la ley 52 de 1977 y 62 del decreto 1651 de 1961.

Sobre conceptos de violación dice, en síntesis, que la Administración, con base en el anexo B-2 de la declaración, optó un sistema de "desvalorizaciones netas" de las acciones, que ajustó contra la diferencia patrimonial establecida, sin admitir, como justificativa de ésta, la disminución en 1982, en cifra de $19.218.561, del costo de adquisición de las acciones de las sociedades Jardines del Recuerdo de Bogotá, S.A., y Servicios de Cementerio, S.A. no obstante haberla demostrado con la contestación del requerimiento especial y el recurso gubernativo, o que remite, y que no había sido objetada por los funcionarios.

Dicha disminución se habría reflejado en una reducción de las desvalorizaciones y, por ello, en una valorización de las acciones, de obvia incidencia en la confrontación de activos líquidos.

Y que, partiendo de que la valorización "nominal" de una acción es dada por la diferencia entre el valor patrimonial de ésta, en una fecha dada,

y su costo de adquisición, y que cualquier variación de los componentes de la diferencia varía también el importe de las valorizaciones (o desvalorizaciones), no era viable sumar indiscriminadamente los valores que podían tener las acciones, como lo hizo la Administración, lo que correspondía a un procedimiento para determinar la valorización (o desvalorización) "neta", o sea, la que se produce de un año a otro.

Continúa que, con aplicación de la fórmula expuesta (valorizaciones, igual a valor patrimonial menos costo de adquisición), en el anexo No. 4 del escrito de reconsideración, se detalló el movimiento de las cuestionadas acciones y se mostró una "desvalorización neta" de éstas, durante 1982, en cuantía de $22.215.436 computada la disminución del costo de las mismas originada en los "retiros" por ventas en 1982 (que implicaba un "retiro" del costo de adquisición) y por disminución de desvalorizaciones, en cifra de $1.368.673, cálculos avalados por tres certificaciones del revisor fiscal de la sociedad.

La Administración, pues, habría omitido, "incluir", al igual que incluyó el costo de adquisición de las acciones vendidas, el costo de adquisición retirado por reducción del costo de adquisición durante el año de 1982 ...".

Para corregir esto, afirma, "a las valorizaciones establecidas en el requerimiento especial por $7.450.101, se debe (sic) sumar entonces $19.218.561, lo que arroja un total de valorizaciones netas por 1982 en la suma de $26. 668.662, que comparadas con las desvalorizaciones establecidas por las autoridades de impuestos en 1982, por la suma de $34.857.448, resulta una desvalorización neta en 1982 por la suma de $8.188.786. ...", guarismo éste que resultaría igualmente de restar, de la desvalorización neta presentada en el requerimiento especial ($27.407.347), la mayor valorización por concepto de la disminución del costo de adquisición ($19.218.561).

Respecto de la diferencia patrimonial determinada oficialmente, sostiene que, habiéndose fundado ésta en el hecho de ignorarse, "el efecto de valorización que originó la disminución en 1982 del costo de adquisición de las acciones en comentario adquiridas en 1981", y estando demostrada la imperiosa necesidad de tomar en consideración dicho efecto, habrían desaparecido las razones para aplicar el sistema de la comparación patrimonial, dejándose probada, al propio tiempo, la violación de los artículos 74 del decreto 2053 de 1974 y 91 del decreto 187 de 1975.

Asimismo, que la "fórmula" utilizada por la Administración, consistente en el ajuste de la diferencia de patrimonios por valorizaciones y desvalorizaciones "netas" de las acciones y derechos, y por reajustes "netos" del activo fijo, esto es, por variaciones materializadas entre el 31 de diciembre de 1981 y el 31 de diciembre de 1982, no es correcta.

Lo sería, en cambio, la aquí expuesta y también descrita en la contestación del requerimiento y la interposición del recurso gubernativo, como que correspondería al tenor literal de los artículos antes citados, basada en establecer la diferencia patrimonial, ajustando independientemente cada uno de los patrimonios objeto de cotejo (en el caso, los de 1981 y 1982), con las valorizaciones nominales de acciones y derechos sociales y los reajustes nominales de activos fijos depreciables, entendiendo por valorizaciones y desvalorizaciones "nominales", las dadas por la diferencia entre el valor patrimonial de un bien y su costo de adquisición; y, por reajustes "nominales", los correspondientes a la diferencia entre el valor patrimonial del bien y su valor neto, dado éste por el costo de adquisición, menos depreciaciones acumuladas.

El comportamiento de los ítems, según esta "fórmula", sería el siquiente (resumiendo):

Patrimonio líquido, por 1982:		$98.123.038
menos:		
– Valorizaciones nominales de acciones, anexo B-2, declaración/82:	$36.239.874	
–Reajustes nominales acumulados por terrenos y edificios, anexo B-11, ib.:	18.360.013	
–Valorización nominal de aportes en limitadas, anexo B-5, ib.:	2.970	$55.102.857
PATRIMONIO LIQUIDO BASE COMPARACION...		$43.020.181
Patrimonio líquido, por 1981:		$53.292.610 (A)
Menos:		
–Valorizaciones nominales de acciones, con variación del costo, anexo B-2, ib.:	44.428.658	
–Reajustes nominales acumulados por edificios y maquinaria y equipo, anexos B-11, ib, y anexo B-10, declaración/81:	3.833.649	

–Valorización nomian de aportes en limitadas, anexos A-15 y B-4, declaración/81:	204	48.262.511
PATRIMONIO LIQUIDO BASE COMPARACION...		5.030.099 (B)
DIFERENCIA POR EXPLICAR (A-B)...		$37.990.082

La diferencia patrimonial así establecida, se explicaría y comprobaría en función de los ingresos declarados por 1982, a saber, la renta gravable ($432.205) y la renta exenta ($37.930.652), teniendo en cuenta, además, que la información sobre estos rubros de ingreso se hallaba amparada en la presunción del artículo 33 de la ley 52 de 1977 y que el anexo A-46 de la misma declaración, del que se debía predicar igualmente la presunción, había precisado y justificado los extremos de la comparación patrimonial en cuestión.

En lo tocante a los motivos de la liquidación y la resolución del recurso, niega no solamente que la valorización de acciones por $2.996.874, que menciona aquélla, constara en alguna parte del anexo B-2 de la declaración a que remite, siendo que el mismo lo que mostraba era una desvalorización nominal de tales acciones, en cuantía de $736.571, sino que las desvalorizaciones por $29.422.869, a que también alude el acto liquidatorio, tuvieran fundamento, supuesto que las valorizaciones o desvalorizaciones de una acción no se podrían establecer comparando su costo de adquisición o valor patrimonial con su "costo ajustado", porque ello implicaría mezclar indiscriminadamente los valores, procediendo, en cambio, efectuar dicha comparación, entre el valor patrimonial y el costo de adquisición, aparte de que los "costos ajustados", serían meramente informativos, sin ningún efecto patrimonial y que únicamente surtirían efectos en el evento de las enajenaciones.

Del mismo modo, resta validez a las objeciones del liquidador sobre el certificado del revisor fiscal anexo a la contestación del requerimiento, pues que, de una parte, la prueba contable no sería el único medio demostrativo de las valorizaciones y desvalorizaciones; y, de otra, con el escrito de reconsideración se habían allegado tres nuevas constancias del revisor en la materia. Advierte, sí, el hecho de que la Administración hubiera aceptado, como justificación del aumento patrimonial, los reajustes del activo fijo efectuados por 1982, compensándolos con los retiros producidos en el mismo año, según se desprendería de la liquidación, en la que se reconoció la "valorización de bienes según hoja 4 de la respuesta al requerimiento especial, $15. 026.364", reconocimiento que debió extenderse, "al efecto originado por el retiro de desvalorizaciones a causa de la reducción del costo de adquisición (...) (es decir) a "la valorización (disminución de desvalorizaciones) de 1981

a 1982 por $22.215.436, dentro de la cual está incluida (...) la reducción del costo de adquisición por la suma de $19.218.561, como ajuste en la determinación del aumento patrimonial...".

Carecerían, asímismo, de apoyo legal, las argumentaciones expuestas por la Administración en la vía gubernativa, como la referente a que la desvalorización neta por $27.407.347 de que habla el requerimiento especial, se hubiera establecido a partir del anexo B-12 de la declaración, pues éste no reporta tal cifra, ni la misma se infiere de su contenido, precisando, contrariamente, valorizaciones por $36.239.874 que ni siquiera se mencionan en el acto resolutorio; o la que se reafirma en las aducidas deficiencias del certificado inicial del revisor fiscal de la sociedad, pero sin mención expresa de los tres restantes, anexos al memorial del recurso, que harían plena prueba, conforme a los artículos 7o., inciso 3o., de la ley 52 de 1977, 9o. de la ley 145 de 1960, 15 del decreto 3803 de 1982 y 98 de la ley 9a. de 1983, normas quebrantadas.

Concluye, que de haberse suscitado alguna duda, ésta se tenía que resolver en favor de la contribuyente, con arreglo al artículo 62 del decreto 1651 de 1961, también infringido.

LA SENTENCIA:

Califica la actuación administrativa enjuiciada, como ajustada a derecho:

Primero, porque los valores materia de la confrontación, dentro del sistema especial de determinación de la renta, son los correspondientes a los patrimonios líquidos en el último día del año gravable y en el mismo día del año anterior, para el caso, 1982 y 1981; y las valorizaciones y desvalorizaciones nominales que incidieran en la diferencia, solo las ocurridas en el año gravable (1982) de modo que la petición en el sentido de que, respecto de acciones adquiridas en 1981, se tenga en cuenta el costo de adquisición, para determinar su valorización o desvalorización, no es válida, pues, "si así se procediera, estaríamos teniendo en cuenta una valorización fuera del año gravable (1981), para justificar un incremento que se presentó dentro del año gravable (1982) ..." (paréntesis en el texto).

Segundo, porque la Administración, basada en el anexo B-2 de la declaración, estableció la valorización o desvalorización de las acciones declaradas por 1981, "comparando sus valores patrimoniales en uno y otro año y para las adquiridas en el año de 1982, tomó el costo de adquisición y lo comparó con su valor patrimonial a 31 de diciembre del año gravable. En esta forma, liquidó solamente la valorización ocurrida en el año de 1982, que es la única que incide en la diferencia patrimonial, tal como se ilustra en el requerimiento especial que tomó los datos suministrados por la accionante en el anexo B-2 y liquidó la valorización como sigue" ..." (transcribe aquí la

sentencia el movimiento de los valores accionarios presentado por el requerimiento).

Por otro aspecto, puntualiza que los certificados del revisor fiscal, "en manera alguna desvirtúan los datos sobre el movimiento de las acciones contenido en el anexo B-2 de la declaración con los datos anteriores propuestos por la Administración en su Requerimiento especial ...".

EL RECURSO DE APELACION:

Afirma que el *a-quo* incurrió en evidente error de apreciación, al negar la incidencia que, en la determinación de las valorizaciones y desvalorizaciones netas ocurridas en 1982, tenía la disminución, en 1982, del costo de adquisición de acciones compradas en 1981, no obstante los argumentos y pruebas presentados al respecto en la demanda, a los que remite, reiterando que por la misma vía que había dado margen a que la Administración y el *a-quo* admitieran el costo de las acciones vendidas en 1982, se debía aceptar la disminución, en 1982, del costo de las acciones adquiridas con anterioridad porque, "existe un retiro de costos de adquisición y de los valores patrimoniales correspondientes, retiros que originan un retiro de valorizaciones y desvalorizaciones en 1982, no obstante venir tales acciones de 1981 ...".

Como consecuencia, de las desvalorizaciones, por $27.407.347, establecidas por la Administración y reconfirmadas por la sentencia, se tendrían que restar las valorizaciones generadas por la disminución del costo, en 1982, de compras realizadas en 1981, en suma de $19.218.561, de modo de obtener la cifra real de la desvalorización neta por 1982, o sea, la cantidad de $8.188.736.

En párrafos siguientes, repite la argumentación relativa a las alternativas o "fórmulas" de determinación de la diferencia patrimonial, descritas en la demanda y que, en la práctica, conducirían a un resultado único, siempre que se tuviera en cuenta la cuestionada disminución del costo, en 1982, de las acciones adquiridas en 1981.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandada manifiesta compartir las apreciaciones y conclusiones de la sentencia impugnada, tocantes a haber obrado la Administración con estricta sujeción a las normas aplicables (especialmente los artículos 74 del decreto 2053 de 1974 y 57 del decreto 2247 del mismo año, éste, referente a la determinación del valor patrimonial de las acciones) y al procedimiento de determinación de la diferencia patrimonial y los ajustes por valorizaciones y desvalorizaciones, con apoyo en la información tributaria suministrada por la propia contribuyente, en particular, la contenida en el anexo B-2 de la declaración del período.

En aspectos específicos, sostiene que "el costo de adquisición solo juega en el propio año de la adquisición, 1981, para establecer la valorización o la desvalorización frente al valor patrimonial (...) porque en la vigencia en que se adquieren (las acciones) puede resultar, a 31 de diciembre, un valor diferente a éste (sic), dado que deben declararse por el valor patrimonial ..." (paréntesis fuera de texto).

Igualmente, que tomar como costo de adquisición, en 1982, la controvertida suma de $19.218.561, es equivocado, por tratarse de un valor "hipotético", en cuanto no corresponde a compras de acciones por tal cantidad, y contraría las disposiciones de los artículos citados, ya que el valor patrimonial de las acciones, "no dependen (sic) de la fijación que haga el contribuyente a su libre albedrío, sino de la situación económica de la empresa, si es por el valor intrínseco; o de las fluctuaciones del mercado de valores, si es que se cotizan en bolsa ...".

Por último, que las certificaciones contables allegadas al proceso, carecerían de mérito para desvirtuar la actuación administrativa, pues, "no pueden demostrar una indebida aplicación de la ley ...".

La parte actora no alegó de conclusión

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Dice el Señor Fiscal Tercero de la Corporación, que no obstante que el apoderado de la actora, "en escritos interminables e innecesariamente extensos, se explaya en fatigantes explicaciones", no aclara qué disposición legal autoriza, para desvirtuar la diferencia patrimonial, a tomar, no el costo inicial de adquisición de las acciones en 1981, sino la disminución de tal costo en 1982, pretensión que, en su entender, rebatió la Fiscalía Tercera del Tribunal en un breve escrito, cuyos apartes fundamentales transcribe.

Habría aplicado la Administración, correctamente, el artículo 74 del decreto 2053 de 1974, ajustándose, pues, la liquidación oficial atacada a las previsiones de la norma, sin que la sociedad hubiera desvirtuado la diferencia patrimonial discutida, que se determina por el valor fiscal de los bienes a 31 de diciembre de los períodos comparados, así dicho valor hubiera sufrido variaciones en el curso de éstos.

Por ello, concluye, la disminución del precio de las acciones en 1982, "no podía afectar el 'valor intrínseco' de éstas, que surge del movimiento contable de la sociedad que las emite y declarado por sus valores reales a 31 de diciembre de 1981 y 1982. El menor precio 'pagado' en la transacción, no es elemento justificativo de la diferencia patrimonial declarada por la Administración. ...".

Pide confirmar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

a) Periodicidad y firmeza de la obligación tributaria.

Tratándose del impuesto sobre la renta y complementarios (y demás exacciones sucesivas o de período), la obligación tributaria se causa en el ejercicio en que se verifique el "hecho imponible" (elemento fáctico de la prestación impositiva, emanado de actos o negocios jurídicos constitutivos, a su vez, del "hecho generador"), supuestos determinados factores de ingreso y patrimonio y de costo, reducción, descuento o pasivo, realizados en el mismo ejercicio. Por contraposición, en razón de la anualidad fiscal y contable del tributo, que debe coincidir con el calendario, factores realizados en vigencias distintas, no afectan la materia imponible dada, (consúltanse, en los sentidos anotados, artículo 1o., 2o., 21 y 22, ley 52/77, en conexión con los artículos 15 y 16, decreto 2053/74 y 1o., decreto 187/75.

En la práctica, la obligación tributaria se consolida en el último día del respectivo año gravable, independientemente de la determinada en el período precedente, sin perjuicio de las correcciones o enmiendas de término preclusivo, de que sea susceptible la correspondiente liquidación privada y sin desconocer factores que por mandato legal se trasladan de un período a otro, como lo son el inventario final que se constituye en el inventario inicial del siguiente períodi, así como el valor del patrimonio líquido del año anterior, que con base en el artículo 74 del decreto 2053 de 1974 es el que se tiene de referencia para la comparación patrimonial. (Cfr. artículos 23, ley 52/77, 2o., decreto 3803/82 y 71, ley 9a./83).

b) Valor patrimonial de activos.

El valor patrimonial de los bienes sujetos a declaración, se debe fijar también el último día del año, teniendo por base, según su naturaleza, el precio de adquisición, el costo fiscal (o costo ajustado declarado por el período inmediatamente anterior) o el avalúo catastral (si son inmuebles), el que sea mayor, incrementado por las adiciones, mejoras o construcciones del período declarado y, opcionalmente (si son activos fijos), por los reajustes porcentuales anuales autoizados, de acuerdo al incremento del índice de precios certificados por el DANE, que es lo que se desprende, entre otros, de los artículos 112 y siguientes del decreto 2053 de 1974, 54 del decreto 2247 del mismo año, 1o. de la ley 20 de 1979 y 4o. de la ley 9a. de 1983.

Las acciones, en particular, siguen además el régimen de los artículos 53 y 57 del decreto 2247 de 1974, 40, parágrafo de la ley 9a. de 1983, 1o. del decreto 1063 de 1984 y 1o. del decreto 1202 de 1984, en el sentido de estar sujetas al mecanismo del "valor intrínseco" o del mercado bursátil,

según se coticen o no en bolsa de valores, siendo susceptibles del reajuste porcentual anual indicado cuando hagan parte del activo fijo, pero solo para determinar la utilidad en su enajenación y no para declarar su patrimonio.

c) Valorizaciones y Desvalorizaciones.

En el sistema del decreto 2053 de 1974, las valorizaciones "nominales" del patrimonio constituyen un fenómeno de plusvalía, expresado en el exceso de la propiedad neta sobre el importe original de las inversiones de capital, pero que directamente no deriva de desembolso efectivos en dinero o especie, sino de factores externos, generalmente fluctuaciones de la escala de precios que, teniendo la moneda como medida de valor, tiende a acusar disparidades con las cotizaciones habituales del mercado, sin razón aparente distinta del crecimiento de la demanda frente a una oferta sostenida o deprimida.

Entre otras causas del superávit, de algún modo llegadas a la anterior, cabría señalar el reavalúo oficial, con carácter general, de la propiedad mueble o inmueble, entendiendo por tal el practicado sin consideración a adiciones mejoras o construcciones erogadas por el propietario o poseedor; los reajustes porcentuales opcionales; o las primas sobre acciones, por adquisición, colocación o canje de éstas.

Recíprocamente, las desvalorizaciones "nominales" se tendrían que atribuír a meras contingencias de la economía de mercado y, excepcionalmente, al demérito contable o físico del activo (depreciación, pérdida o destrucción, retiro parcial etc.), pues es poco probable que los valores muestren tendencias regresivas en virtud de medidas oficiales sobre avalúos o reajustes porcentuales. Cuestiones todas que se concretan para efectos fiscales en la diferencia entre el valor de adquisición y el valor declarado como patrimonio al final del respectivo período. (Artículo 91 Decreto 187 de 1975).

d) El discutido "retiro parcial" del costo.

Una "valorización" provocada por "desvalorizaciones", no solamente es un contrasentido semántico, sino que se opone a cualquier concepción práctica de las nociones esbozadas.

El hecho de que en 1982, el período ventilado, se hubiera transado o negociado el precio de adquisición pactado en 1981 de dos paquetes accionarios, en el sentido de reducir dicho costo en $20.000.000 (o $19.218.561, "netos"), no configura valorización o desvalorización "nominal" en ninguno de los dos períodos, porque, evidentemente, no es el resultado de simples fluctuaciones del mercado accionario, si se compara con el pretendido retiro físico de acciones.

De hecho, la demandante debió efectuar un desembolso efectivo en dinero, destinado a saldar el importe del crédito a su cargo por la adquisición de las acciones, sin el cual no se hubiera producido, en contraprestación, la reducción del costo, ni la presumible eliminación de intereses sobre los saldos a la sazón insolutos.

Pero aún en circunstancia de que, realmente, el acto negocial tuviera el efecto que le atribuye la actora, no habiendo demostrado ésta que la declaración de renta por 1981 se hubiera corregido en término, la situación tributaria consolidada a 31 de diciembre de dicho período era inmodificable, sin lugar a que se estimaran, para la contratación de activos, otras cifras que las entonces declaradas y en firme, como lo hizo la Administración.

No estando probado, pues, el movimiento de valorizaciones y desvalorizaciones "nominales" propuesto, ni que el negocio jurídico celebrado en 1982 se hubiera formalizado, por corrección o enmienda oportuna de la declaración por 1981, el recurso de que se conoce no está llamado a prosperar, en lo que se comparten las acertadas razones de la Fiscalía.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La Doctora NOHORA MATIZ SANTOS DE VARGAS, tiene personería para actuar a nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Actor: Colombiana de Asesorías e Inversiones S.A. Colinversiones.

Los Consejeros:

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR LIBROS–Procedimiento/**TRASLADO DEL ACTA CONTABLE**

Para sancionar por libros de contabilidad mediante resolución independiente y especial como lo autorizó el Decreto 3803 de 1982, la Administración estaba en el deber de utilizar el procedimiento general prescrito en la primera parte del Decreto 01 de 1984 en su artículo 35; pero este procedimiento debía complementarse de manera congruente con las normas especiales tributarias que no habían sido derogadas expresamente, ni resultaban incompatibles con las nuevas, como era el artículo 91 del Decreto 1651 de 1991 que establecía el traslado de un mes "del acta de inspección contable y de las observaciones que oficialmente se formulen con base en ella" para que el contribuyente presentara sus descargos y anotaciones que tuviere a bien.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3638. Actor: Banco Cafetero. Impuestos – Sanción por Libros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 26 de abril de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el BANCO CAFETERO, contra los actos administrativos que impusieron sanción por libros de contabilidad, por el período gravable 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección a la contabilidad de la sociedad contribuyente, ordenada por Auto Comisorio 501 de noviembre 13 de 1985, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por Resolución 40193 de abril 14 de 1986, impuso sanción por libros de contabilidad, con fundamento en el atraso de 9 meses encontrado en el libro de Cuenta y Razón, de la Casa Principal.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, contra la decisión oficial, el primero fue desatado por Resolución 180 de noviembre 3 de 1988 y el de apelación por Resolución 052 de diciembre 2 del mismo año, providencia que confirmaron la sanción impuesta.

Ante la jurisdicción, el apoderado de la sociedad insiste en su pretensión. Solicita la nulidad de las resoluciones en cita y por lo tanto que se declare que el BANCO CAFETERO, no está obligado a pagar la multa que por $528.974.817 le impuso la Administración.

En subsidio, que por aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el Artículo 26 de la Constitución Nacional, se reduzca dicha multa a la suma de $20'000.000 límite máximo autorizado por el Artículo 64 del Decreto 2503 de 1987, para la sanción por libros de contabilidad.

En síntesis considera el demandante que:

1. Las observaciones que plasmaron los funcionarios que practicaron la visita de inspección contable, excedían su competencia legal, (Arts. 94-C y 98-B del Decreto 74 de 1976) como quiera que, no podían ellos verificar el cumplimiento de obligaciones tributarias distintas a las previstas para los retenedores del Impuesto sobre la Renta y habiendo sido así, no podían aquéllas servir de fundamento para sancionar al Banco.

Estima también incompetente a la División de Liquidación para imponer la sanción, toda vez, dice, que el Artículo 89 de la Ley 9a. de 1983 no las faculta para aplicarla, y en caso de que así fuera, agrega, es indiscutible que los funcionarios que profirieron la resolución tuvieran competencia, dado que no consta la delegación que se les dio, porque aún cuando en la resolución que desató el recurso de reposición se hizo referencia a la Resolución 1278 de 1985 que la concedió, ésta no fue publicada como ordena el Artículo 43 del C.C.A., y virtualmente tampoco las funcionarias que suscribieron el acto sancionatorio, tenían las calidades de profesional calificado en la forma que las define el Artículo 20 del Decreto 2126 de 1983.

2. Y aceptando en gracia de discusión, dice, que los funcionarios tuvieran la competencia, la prueba también sería irregular porque, del acta

de inspección contable y de las observaciones que oficialmente se formularon, no se le dio traslado a la sociedad en la forma y por el término que prescribe el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, requisito esencial para la garantía del derecho de defensa.

Igualmente admitiendo, agrega, que esta norma tácitamente estuviera derogada por la Ley 52 de 1977, también la prueba resulta anómala, porque la sanción no podía imponerse en resolución independiente de la liquidación tributaria, sin previa audiencia de la afectada, dándole traslado de las conclusiones por un plazo prudencial, para controvertirlas, alegar y probar en su favor, como lo prevén el Artículo 5o. de la Ley 58 de 1982, Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y el Artículo 26 de la Constitución Nacional.

3. Recalca que, el Banco lleva su contabilidad de acuerdo con las normas del Código de Comercio y las instrucciones de la Superintendencia Bancaria y cómo esta entidad de vigilancia, hizo reparos al Balance del segundo semestre de 1984, éste solo fue aprobado el 16 de diciembre de 1985 mediante oficio DAB-3017, siendo este el motivo, para que el Banco tuviera que suspender los registros del libro de Cuenta y Razón de la Oficina de Dirección General, hecho que tilda como causal de justificación porque se hizo en cumplimiento de orden LEGITIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE emitida con las formalidades legales (Art. 29-2 C.P.) o en su defecto, se realizó por fuerza mayor de acuerdo con la definición que de esta figura trae el Artículo 1o. de la Ley 95 de 1890.

Insiste en que el libro de Cuenta y Razón de la Oficina Principal del Banco es equivalente al de Balance Consolidado Nacional y por consiguiente no se tipificó el atraso glosado por la Administración y por ende la entidad crediticia no puede ser penado por ello.

Cuestiona por último la infracción imputable a la sociedad, frente a las normas del Código Penal, los parámetros utilizados por la Administración para calcular la sanción y concluye solicitando que se reduzca a $20'000. 000 según lo establece el Artículo 64 del Decreto 2503 de 1987 y los autoriza el inciso 2o. del Artículo 170 del C.C.A.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 26 de abril de 1991 anuló los actos administrativos impugnados y como restablecimiento del derecho levantó la sanción por libros de contabilidad.

Teniendo en cuenta las prescripciones del literal b) del Art. 98 del Dcto. 074 de 1976 y el Art. 3o. del Dcto. 2241 de 1976, con base en las cuales se motivó el Auto Comisorio 501 de 1985, el *a-quo* calificó como procedente la visita con orden de exhibición de libros de contabilidad. Pero, en cuanto a la incompetencia para imponer la sanción en forma independiente de la

liquidación oficial, observa que "el Artículo 89 de la Ley 9a. de 1983, precisa un factor subjetivo de competencia, "únicamente los jefes" y no un factor funcional "los jefes de división serán únicamente competentes ...", como lo entiende el apoderado de la sociedad.

De otra parte señala que los alcances del Artículo 45 del C.C.A., informados por el Artículo 2o. de la Ley 57 de 1985, que subrogó el Artículo 43 del mismo Código, no obligan a las publicaciones de resoluciones que delegan funciones, que no crean situaciones jurídicas impersonales a los asociados.

Encuentra que, como dentro del informativo (fls. 177 a 181) aparecen constancias del Jefe de la Sección de Registro y Control de la División de Personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que acreditan que las funcionarias que firmaron la resolución que impuso la pena, materia de cuestionamiento, para la fecha desempeñaban el cargo de profesional universitario 3020-06 y con experiencia en el Ministerio de dos años, resulta improcedente la incompetencia que a aquéllas le imputa el demandante.

Admite el *a-quo*, el vicio de procedimiento que con fundamento en el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, invoca el actor. Al omitirse el traslado del Acta la visita contable, dice, que hubo violación del principio procesal del derecho de defensa que impidió a la compañía demostrar que "no existía el hecho que le sirvió de base, que éste fue inevitable para ella por razones de fuerza mayor, que no se configuró la infracción o que la multa carecía de fundamento legal" y por ende se releva de analizar los demás puntos de inconformidad planteados por la sociedad. Se pronuncia sí sobre la improcedencia de las objeciones que al dictamen pericial formuló la parte demandada.

DE LA APELACION

El apoderado de la Dirección General de Impuestos Nacionales discrepa del fallo. Solicita se revoque y se confirme la operación administrativa acusada.

Entiende que, como la apoderada del Banco estampó la firma y su identificación en el acta de inspección general, el 22 de noviembre de 1985, el traslado del acta se surtió y como la resolución que impuso la pena, es de fecha 14 de abril de 1986, se respetó el término de un mes que concedía el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 para presentar descargos y formular objeciones contra ella.

En consecuencia, dice, la pretendida violación del derecho de defensa no se tipificó, más, si se tiene en cuenta que aquella disposición fue tácitamente derogada, al expedirse la Ley 52 de 1977, como lo sostuvo la Sala de

Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto del 2 de junio de 1980.

Como encuentra evidente que el Banco incurrió en atraso del libro de Cuenta y Razón, e inválidos los argumentos que aquél formuló para justificarlo,, objeta el crédito que el Tribunal otorgó al dictamen rendido por los señores peritos.

En alegato de conclusión critica además el fallo, porque decretó la nulidad de la operación administrativa demandada, con fundamento en la falta de traslado del Acta de visita contable, punto éste que no fue impugnado dentro de la vía gubernativa. Esto es, que al ser propuesta esta inconformidad únicamente en la demanda presentada ante la jurisdicción, no hubo agotamiento de la vía gubernativa sobre aquélla, lo que implica que el Tribunal debió declararse inhibido para conocer del asunto propuesto.

Insiste en el atraso del libro de "Cuenta y Razón" del Banco, y en la improcedencia de las causales que éste esgrime como justificación de aquél.

CONCEPTO FISCAL

El Ministerio Público a través del Fiscal Tercero de la Corporación, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, solicita se confirme la sentencia apelada y se haga un pronunciamiento sobre la pericia.

Analiza la Fiscalía la nulidad planteada en la demanda por incompetencia de los funcionarios que practicaron la visita contable y después, la de quienes impusieron la sanción por libros, para concluir que en relación con la incompetencia de los primeros, no hubo el debido agotamiento de la vía gubernativia y en lo atinente a los segundos resulta improcedente dados los argumentos que consignó la Administración de Impuestos en la Resolución 180 de noviembre 3 de 1988, que desató el recurso de reposición.

Adhiere a la nulidad decretada por el *a-quo* con base en la inobservancia del Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961.

Si no se dio traslado a la contribuyente, dice, "Por considerar derogada la norma, si no medió requerimiento especial por no tratarse de una liquidación de revisión y si la sanción se dictó en resolución independiente, ello no habilita a la Administración para prescindir de las formas que la ley señala para las actuaciones administrativas iniciadas de oficio en la formación y examen de los expedientes, siendo que, como acertadamente lo dijo el Tribunal de origen, "el traslado es la única garantía del derecho de audiencia y defensa en el procedimiento sancionatorio por libros de contabilidad".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Debe dilucidar la Sala en esta oportunidad:

– Si hubo agotamiento de la vía gubernativa, en relación con el punto que sirvió de base para decretar la nulidad de la operación administrativa.

– En caso positivo, si procede o no la nulidad que decretó el *a-quo* y en su defecto, si prosperan las demás peticiones consignadas en la demanda, entre ellas la subsidiaria de que se reduzca la sanción impuesta.

1. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

De acuerdo con el Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, es condición para la procedencia de la llamada acción de nulidad y restablecimiento del derecho y para la admisión de la demanda, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Esto es, que los recursos de la vía gubernativa, se interpongan dentro del plazo legal, personalmente y por escrito, por el interesado o su apoderado y con expresión concreta de los motivos de inconformidad. Art. 52 del C.C.A.

Significa lo anterior que ante la jurisdicción no se pueden plantear conflictos no discutidos ante la Administración. Debe haber identidad en la pretensión sometida a consideración ante los funcionarios administrativos y la que se somete a juzgamiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos, sin perjuicio claro está, de que el actor pueda traer nuevos o mejores argumentos jurídicos para la obtención de aquélla.

En este sentido se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 25 de junio de 1991, Exp. S-145, Actor: Financiera Colpatria S.A., Consejero Ponente: Dra. Clara Forero de Castro.

El punto único de la controversia contra la operación administrativa se ha concretado, en el caso que se resuelve, en la sanción por atraso en libros que impuso la Administración de Impuestos Nacionales y la proposición que ha formulado la demandante ante la jurisdicción es la de que se levante la pena. Primero, por incompetencia de los funcionarios que practicaron la visita contable, fundamentándose en los Arts. 94-C del Decreto 74 de 1976 y 98-B Ibídem. (fl. 170-6 C. Ant.) y, segundo, por falta de traslado del acta contable, con base en la cual aquélla se aplicó; éstos son argumentos nuevos que sustentan la misma pretensión y no "hechos nuevos" como equivocadamente los califica el Ministerio Público y el apoderado de la Dirección General de Impuestos, aunque también planteó en la etapa gubernativa nulidad por indebido procedimiento, pero por otras razones.

Idéntica ha sido la pretensión que formuló la entidad financiera en la vía gubernativa y ante la jurisdicción: QUE SE LE EXIMA DE LA SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD, aunque con apoyo de argumentos jurídicos nuevos, traídos ante estos Tribunales, de donde resulta que no puede desconocerse que hubo agotamiento de la vía gubernativa con discusión sobre el tema único y preciso de la sanción por libros, aunque con diversa motivación.

2. NULIDAD POR FALTA DE TRASLADO DEL ACTA DE INSPECCION CONTABLE

Variados y numerosos son los argumentos invocados por el demandante desde la etapa gubernativa y ahora ante la jurisdicción. En buena parte cuestionan la competencia de los funcionarios que practicaron la inspección contable y el procedimiento seguido durante la visita.

El apoderado alega la nulidad de la operación administrativa por falta de traslado del acta resultante de aquella inspección en la forma y por el término que prescribía el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, con detrimento del derecho de defensa de la sociedad.

Sobre este tema reiteradamente esta Sección se ha pronunciado acogiendo el criterio que impregnó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al resolver el interrogante que sobre la vigencia del citado Artículo le formulara el Ministro de Hacienda y Crédito Público el 2 de junio de 1980 (Exp. 1998, Actor: Los Topos Construcciones Ltda., Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, sentencia de junio 1o. de 1990; Exp. 1764, sentencia febrero 2 de 1990).

Dijo la Sala entonces que el término de un mes que estatuía el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 fue sustituido por el de tres meses que consagró la Ley 52 de 1977, en el Artículo 43 para contestar el requerimiento especial que obligatoriamente debe dirigir al contribuyente la Administración antes de revisar la liquidación privada. Por ello encontró la Sala incompatible con el nuevo procedimiento y por ende tácitamente derogado el Artículo 91 del Decreto 1651/61 en los procesos de revisión de la liquidación privada.

Pero la situación es bien distinta cuando se trata exclusivamente de aplicar una sanción por libros mediante resolución especial, para proferir la cual no previó la nueva ley dirigir un requerimiento previo y obligatorio con traslado de tres meses para contestarlo, como lo establecieron los Artículos 42 y 43 de la Ley 52 de 1977, para modificar la liquidación privada.

El Decreto 3803 de 1982 por primera vez desligó la facultad sancionatoria de la Administración de la facultad revisora de las liquidaciones priva-

das y para ello en sus Artículos 19 y 58 autorizó la imposición de varias sanciones en resolución independiente, entre ellas la correspondiente a libros de contabilidad, pero desafortunadamente omitió prescribir un procedimiento especial y adecuado a la materia sancionatoria. No previó la obigatoriedad de un requerimiento previo a la providencia, ni término alguno para contestarlo y al no producirse una liquidación de revisión, el recurso contra la providencia sancionatoria no fue el de reconsideración, sino los de reposición y apelación que consagra el Decreto 01 de 1984 (Arts. 50, 51, y 52) en forma general para todos los actos administrativos cuando carecen de procedimiento especial.

Para la época en que sucedieron los hechos que son materia de controversia en este juicio, noviembre de 1985 y abril de 1986, aún no había sido derogado expresamente el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, que sólo vino a serlo en el mes de diciembre de 1987, mediante el Artículo 154 del Decreto 2503 de 1987.

En consecuencia, para sancionar mediante resolución independiente y especial como le autorizó el Decreto 3803 de 1982, la Administración estaba en el deber de utilizar el procedimiento general prescrito en la primera parte del Decreto 01 de 1984 cuyo Artículo 35 prescribe la necesidad de "dar oportunidad al interesado para que exprese sus opiniones"; pero este procedimiento debía complementarse de manera congruente con las normas especiales tributarias que no habían sido derogadas expresamente, ni resultaban incompatibles con las nuevas, como era el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 que establecía el traslado de un mes "del acta de inspección contable y de las observaciones que oficialmente se formulen con base en ella" para que el contribuyente presentara sus descargos y anotaciones que tuviere a bien.

La Administración escogió la vía general del Decreto 01 de 1984 como se observa que, al notificar la Resolución 40193 de abril 14 de 1986, otorgó los recursos de reposición y apelación, pero sin respetar, como lo sostiene el Banco y la Fiscalía, la previsión de la misma norma de dar oportunidad a los interesados para "expresar opiniones".

El Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, estatuía que "debía darse traslado al contribuyente por un término hasta de un mes, para que presentara los descargos y anotaciones" y el 92 se refería a que "los conceptos y observaciones que se formulen con base en el Acta deben ser calificados en el fallo por el funcionario a quien corresponda resolver el negocio", lo que implicaba que con base en el Acta la Administración debía formular unas "observaciones" al contribuyente para que éste las objetara y contestara en un término de un mes y esa respuesta debía ser posteriormente analizada y calificada por el funcionario.

Es necesario precisar que no puede entenderse como "traslado", con oportunidad para expresar sus opiniones, la firma que estampó la Representante Legal del Banco en el informa sobre libros de contabilidad, del formato titulado "Programa de Control de Retenedores" (fl. 111 C.P.), e igualmente en el Acta de Inspección General de Libros de Contabilidad (fl. 112) y en donde, en el primero se anotó, el atraso de 6 meses en el libro de Cuenta y Razón de la Compañía. Dicha firma corresponde y testifica la presencia de la contribuyente en la diligencia de inspección de los libros, es la constancia de que se realizó en la forma como exponen los visitadores, pero en manera alguna puede considerarse como un verdadero "traslado" en el sentido judicial para que haya defensa o contestación de la parte a quien se le traslada el contenido de la diligencia. La prueba de ello está en la misma Acta en donde no hay advertencia alguna del objetivo, ni con base en ella se produjeron "observaciones" o advertencia alguna de las consecuencias ni término para dar explicaciones, sino simplemente las firmas en señal de presencia en la diligencia de quienes asistieron.

De los antecedentes mencionados, resulta que la simple firma de la apoderada de la sociedad en la actuación administrativa en cuestión, puede corresponder a la constancia de su intervención en la diligencia, pero no exactamente al "traslado del acta y de las observaciones", a que obligaba en esos procedimientos sancionatorios, el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961.

Fundamento jurídico de la medida que ordena correr traslado, es el de hacer efectivo el derecho de audiencia, principio que tiene valor y sustento constitucional ligado al del debido proceso que no se cumplió en la forma como lo prevé la ley y lo sostuvo el Ministerio Público en las dos instancias.

Las precedentes consideraciones son suficientes para que la Sala comparta el pronunciamiento del *a-quo*.

En mérito de 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.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL–Improcedencia/**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**–Popayán/**TARIFA**

La autorización del inciso final del artículo 196 del Código de Régimen Municipal para mantener las tarifas fijadas con anterioridad a la promulgación de la Ley 14 de 1983, desvirtúa en caracter de violación ostensible de esa norma, para efectos de la suspensión provisional a un acto que establece una tarifa por encima de los topes allí fijados, por cuanto para la decisión se precisa hacer un análisis en torno al alcance del inciso en cuestión, para determinar cuando se puede entender que se había establecido con anterioridad la tarifa y si ello cobija o no a los actos administrativos proferidos con posterioridad además de otro análisis respecto de la efectiva existencia de tal regulación anterior.

REVOCASE el numeral 4o. de la parte resolutiva del auto de 5 de noviembre de 1991, únicamente en cuanto DECRETO LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 27 y 28 Código 3-03-03 del Decreto 117 del 23 de diciembre de 1990.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4026. Actor: Luis Mario Duque C/Municipio de Popayán. Apelación auto de 5 de noviembre de 1991 del Tribunal Administrativo del Cauca. Nulidad y suspensión provisional de los Decretos 117 de 27 de diciembre de 1990, artículos 27 y 28 código 3-03-03 y 119 del 22 de agosto de 1991, artículo 1 del Alcalde Mayor de Popayán. Auto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Popayán contra el auto de 5 de noviembre de 1991, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Cauca decretó la suspensión provisional de las normas acusadas, solicitada por la parte actora.

A) ANTECEDENTES.

1.– El señor Luis Mario Duque, actuando en nombre propio, demandó la nulidad de los Decretos 117 de 1990 artículos 27 y 28 código 3-03-03 y 115 de 1991, artículo 1o. por los cuales el Alcalde Mayor de Popayán fijó procedimientos para liquidar el impuesto de industria y comercio a actividades de servicios y a casinos (fl. 37)

2.– En acápite separado de la demanda, solicitó la suspensión provisional de las mencionadas disposiciones aduciendo violación manifiesta de las siguientes normas:

a) Ley 14 de 1873 artículo 33 "ya que ésta expresamente fijó el impuesto de industria y comercio y la tarifa máxima que pueden determinar los Concejos, en el caso a estudio del 2 al 10 x 1000 mensual para actividades comerciales y de servicios" (fl. 42) y el artículo 27 del Decreto 117 de 1990 señaló unas bases diferentes.

b) Ley 14 de 1983 artículo 36 y Decreto 1333 de 1986 artículo 196, en cuanto estas normas disponen que el impuesto a las actividades de servicios, incluidas entre ellas las de recreación, como los casinos, se fijará con una tarifa del 2 al 10 por mil sobre la base gravable, estableciendo por su parte los artículos 28 Código 3-03-03 Decreto 117 de 1990 y 1o. Decreto 119 de 1991 procedimientos y tarifas diferentes (fl. 43).

3.– El Tribunal en el auto recurrido admitió la demanda y decretó la suspensión provisional solicitada, por estimar que:

a) Los artículos 27 y 28 Código 3-03-03 del Decreto 117 de 1990, violan ostensiblemente el artículo 196 C.R.M., en cuanto aquéllos fijan una tarifa del 20 por mil aplicable sobre la base gravable en relación con actividades que son de servicios y cuya tarifa por lo tanto, al tenor del mencionado artículo 196, debe oscilar exclusivamente entre el 2 y el 10 por mil (fls. 50/51).

b) El artículo 1o. del Decreto 119 de 1991, vulnera en forma ostensible el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, al consagrar para la liquidación del impuesto de industria y comercio de casinos, una opción diferente a la contemplada en esta norma (fl. 51).

4.– El municipio interpuso recurso de apelación, contra el anterior proveído, en cuanto decretó la medida cautelar respecto del Decreto 117 de 1990 artículos 27 y 28 Código 3-03-03, por estimar que la violación de la norma superior es aparente, toda vez que el inciso final del artículo 196 C.R.M., autoriza a los municipios que antes de la promulgación de la Ley 14 de 1983 tenían como base gravable los ingresos brutos o las ventas brutas, a mantener las tarifas que habían fijado, por encima de los límites consagrados en aquélla norma, y el municipio de Popayán había establecido, en el Decreto Extraordinario 123 de 16 de noviembre de 1981 que la tarifa aplicable a los ingresos o ventas brutas es del 20 por mil (fls. 57/58). Para la prueba de dicha afirmación adjuntó certificacion firmada por la Jefe de División de Rentas Municipales de la Secretaría de Hacienda Municipal (fls. 60 a 62).

Guardó silencio respecto de la suspensión provisional del artículo 1o. del Decreto 119 de 1991.

B) CONSIDERACIONES.

1.– La apelante fundamentó el recurso, en que dada la autorización del inciso final del Artículo 196 C.R.M., para mentener las tarifas fijadas con anterioridad a la promulgación de la Ley 14 de 1983, siempre que la base gravable haya sido establecida sobre los ingresos brutos o ventas brutas, y puesto que mediante el Decreto 123 de 1981 ya se había fijado dicha tarifa en el 20 por mil, puede el municipio fijar dicha tarifa a través del decreto demandado.

2.– En relación con este punto, observa la Sala que efectivamente la autorización del inciso final del artículo 196 C.R.M., desvirtúa el carácter de violación ostensible de esa norma, para efectos de la suspensión provisional a un acto que establece una tarifa por encima de los topes allí fijados, siempre y cuando esta tarifa haya sido establecida con anterioridad a la promulgación de la Ley 14 de 1983.

3.– Lo anterior, por cuanto para la decisión se precisa hacer un análisis en torno al alcance del inciso en cuestión, para determinar cuando se puede entender que se había establecido con anterioridad la referida tarifa, y si ello cobija o no a los actos administrativos proferidos con posterioridad; y otro análisis respecto de la efectiva existencia de tal regulación anterior, todo lo cual exige argumentaciones y análisis que sobrepasan el simple cotejo de normas y que por tanto excluyen el cumplimiento del requisito del artículo 152 numeral 2 C.C.A.

4.– En ese orden de ideas, al observarse en el caso *sub-júdice* que existe un documento público, consistente en un informe de un funcionario res-

pecto de hechos conocidos en ejercicio de sus funciones, en el que se afirma la existencia anterior a la Ley 14 de 1983 de una regulación en los términos referidos, ello es suficiente para desvirtuar el cumplimiento del requisito de una manifiesta infracción de la norma superior por parte del acto acusado, por cuanto debe entrarse en el análisis legal ya mencionado y en el estudio de la virtualidad probatoria del documento en mención.

5.– Las anteriores consideraciones son suficientes para estimar que efectivamente no se cumple el requisito del artículo 152 numeral 2 C.C.A., para que proceda la suspensión provisional de los artículos 27 y 28 Código 3-03-03 del Decreto 117 de 1990, por lo cual habrá de revocarse la decisión del *a-quo* en este sentido.

6.– Respecto de la suspensión provisional del artículo 1o. del Decreto 119 de 1991 y de las demás decisiones del auto recurrido, por no haber sido objeto de discusión al interponerse el presente recurso, habrán de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE:

REVOCASE el numeral 4o. de la parte resolutiva del auto de 5 de noviembre de 1991, proferido en el proceso No. 3429, únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 27 y 28 Código 3-03-03 del Decreto 117 de 23 de diciembre de 1990.

CONFIRMASE en lo demás el mencionado auto.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/SUSPENSION PROVISIONAL

El poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, de tal manera que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no hayan sido autorizados por la ley. O sea su facultad impositiva es derivada ya que requiere la autorización expresa en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos impuestos. Mediante el acuerdo demandado, se creó un impuesto, sin que exista ley que lo establezca, autorice su imposición o señale sus condiciones y límites, lo cual hace evidente la violación manifiesta de normas superiores y es suficiente para que proceda la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

REVOCASE el numeral 2o. del Auto de septiembre 10 de 1991 y en su lugar DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de una fracción del Acuerdo Municipal 041 de diciembre 21 de 1990 de Barrancabermeja.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4025. Actor: Ricardo Augusto Ramírez Ospina. C/ Municipio de Barrancabermeja. Apelación Interlocutorios –Auto–.

De plano, como lo autoriza el Artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a decidir el recurso de apelación que el actor

interpuso contra el Auto del 10 de septiembre de 1991 del Tribunal Administrativo de Santander en cuanto, aunque aceptó la demanda de nulidad de una fracción del Acuerdo Municipal 041 de diciembre 21 de 1990 de Barrancabermeja, no accedió a decretar la suspensión provisional solicitada.

La demanda se refiere al numeral 2o. del Artículo 251 del Acuerdo Municipal 041 expedido por el Concejo Municipal de Barrancabermeja el 21 de diciembre de 1990 y mediante el cual determinó el impuesto a los juegos electrónicos permitidos. El sistema adoptado y criticado por el actor radica en que estableció una tarifa fija mensual por cada juego o máquina.

La impugnación consideró que dicho sistema era violatorio de la Constitución Nacional vigente cuando se expidió el Acuerdo en sus Artículos 43 y 197-2 y en los Artículos 338 y 313-4 de la Constitución Política vigente. Igualmente consideró violado el Artículo 92 numeral 2o. del Decreto 1333 de 1986.

El Tribunal en el auto apelado no accedió a la suspensión por considerar que era materia que implicaba un estudio más detenido, propio para hacerlo en el momento del fallo definitivo.

La apelante sustenta su solicitud en dos providencias dictadas por esta misma Sección en las cuales se ha accedido a suspender Acuerdos Municipales que han establecido el mismo gravamen.

Para resolver se

CONSIDERA:

Evidentemente, como lo sostiene el actor esta Sala accedió a suspender el Acuerdo Municipal que en igual sentido dictó el Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta mediante Auto del 6 de abril de 1990 (Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, Exp. 2708). Así mismo mediante Auto del 14 de junio de 1991, expediente 3499 se suspendió el Acuerdo 07 de 1988, proferido por el Concejo Municipal de la ciudad de Cali.

Para los efectos de este negocio basta con citar un aparte del primero de los autos nombrados en el cual se expuso:

> "El acto demandado establece un impuesto diferente para unos juegos determinados, el cual se cobra no sobre el valor de boletas o tiquetes, no sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se realice el juego. No puede entonces aceptarse que se trata ni del impuesto de Industria y Comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, en los términos regulados por la ley. Y tratándose de un impuesto diferente, el Consejo de Estado ha precisado

en varias oportunidades que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, de tal manera que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no hayan sido autorizados por la ley. O sea su facultad impositiva es derivada ya que requiere la autorización expresa en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos impuestos. Mediante el acuerdo demandado, se creó un impuesto, sin que exista ley que lo establezca, autorice su imposición o señale sus condiciones y límites, lo cual hace evidente la violación manifiesta de normas superiores y es suficiente para que proceda la suspensión provisional de sus efectos jurídicos".

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

RESUELVE:

REVOCASE el numeral 2o. del Auto de septiembre 10 de 1991, dictado en este proceso por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, DECRETASE la suspensión provisional de la norma impugnada.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO A CASINOS/IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS

Conforme a la nueva Constitución, los tributos municipales continúan sujetos a la autorización del legislador para decretarlos. El Código de Régimen Municipal (artículo 225) que autoriza gravar los casinos que se ubiquen en su jurisdicción, en la misma forma en que se graven los juegos permitidos, no le es aplicable al caso *"sub-lite"* porque el municipio no tiene ese gravamen; además, la base gravable y la tarifa establecida en el acto acusado es diferente a lo establecido en el artículo 227 ibídem.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2 y 3 del Acuerdo No. 21 de 1991 (septiembre 21), del Concejo Municipal de Popayán.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3990. Actor: Luis Mario Duque C/ Concejo Municipal de Popayán. Apelación Interlocutorio. Auto.

1o.– El apoderado judicial del Municipio de Popayán (folios 42 a 48) interpone recurso de apelación respecto del auto de 18 de octubre del año proximo pasado en el cual el Tribunal Contencioso Administrativo del

Cauca, admitió la demanda instaurada en acción pública de nulidad contra los artículos segundo 2o. y tercero 3o. del Acuerdo No. 21 de trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), originario del Concejo Municipal de Popayán.

2o.– Por el citado acuerdo aprobado por el Concejo Municipal de Popayán se dictó con fundamento en los artículos 318, numeral 4o. de la Constitución Nacional de julio de 1991, 172 y 226 del Decreto 1.333 de abril 25 de 1986, dictado por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el Congreso en la ley 11 de 1986, acuerdo mediante el cual se creó el impuesto de casinos.

3o.– El artículo segundo demandado, expresa en cuanto a la base gravable que el impuesto de casinos se liquidará sobre el número de unidades de juegos de azar que funcionen en el establecimiento, entendiendo por tales máquinas tragamonedas, esferódromos, Black Jack, ruleta etc., y, el tercero, que también es objeto de demanda dice en cuanto a la tarifa, que para determinar el gravamen mensual del impuesto de casinos se tomará como base el valor que a la fecha de liquidación tengan 12 salarios mínimos y se multiplicará por el número de máquinas tragamonedas, ruletas, etc. que vayan a funcionar en el respectivo casino. El número de unidades de juego será el que determine o autorice el Gobierno Municipal.

4o.– Para sustentar la suspensión provisional el actor dijo: "Del análisis del artículo 150 inciso primero y numeral 12 (sic) y 338 de la Constitución Nacional y de la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina se llega a la conclusión que la Constitución Nacional faculta en forma taxativa y exclusiva al legislador la creación de los tributos".

"Como consecuencia, se establece a favor de las asambleas y los Concejos Municipales una competencia subordinada, de allí que no pueda hablarse de una completa y absoluta autonomía, pues las entidades territoriales quedan sometidas a los términos de la Ley".

"El Concejo Municipal de Popayán se atribuyó una facultad Constitucional adscrita al Congreso de la República; de allí que los artículos demandados son inconstitucionales, como se observa con la simple comparación directa de las normas"

"Son también ilegales las normas demandadas porque violan en forma directa la Ley 12/32 en su artículo 7o., ya que está expresamente taso el impuesto a los juegos permitidos en un 10 x 100 sin discrimiar la clase de juego, como lo hacen los artículos demandados al fijar una tarifa por unidades de juego equivalentes a 12 salarios mínimos por el número de máquinas, etc.".

"Igualmente son ilegales porque violan en forma directa el artículo 12 de la Ley 60/45 cuando se refiere a la tasa del 10% para los juegos permitidos".

"También son ilegales los artículos demandados por violar flagrantemente el Decreto Ley 1.333 de 1986 o Código de Régimen Político y Municipal que en su artículo 227 con absoluta claridad expresa la vigencia del 10% a los juegos permitidos y se refiere en forma concreta al artículo 7o. de la Ley 12/32 en su ordinal 1o.".

A continuación transcribe en lo pertinente el auto de 8 de abril de 1990, expediente 2.708, con ponencia de la Consejera Doctora Consuelo Sarria Olcos que consagra los conceptos acogidos en la providencia.

5o.– El escrito de apelación lo funda en los artículos 313 numeral 4o. y 338 de la Constitución Nacional, en su última versión de 1991 y en los artículos 172 y 225 del Decreto extraordinario 1.333 de 1986, que a su juicio dan fundamento a los artículos demandados.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 313, numeral 4 y *338 de la Nueva Constitución Política, expresan:*

"Artículo 313: Corresponde a los concejos:

"4o. votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales".

Se observa, que en, esta materia, el artículo 197, - 2, de la constitución, anterior, decía, con, mayor, propiedad: "Son atribuciones de los Concejos, *que ejercerán conforme a la ley*, las siguientes:

"2o. votar, en conformidad con la Constitución, la Ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

El cambio semántico consistió en cambiar la preposición en, por el adverbio de modo. "de" de suerte que la norma básicamente es igual o tiene el mismo sentido.

El artículo 338 de la nueva Carta Política expresa:

"En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. *La ley, las ordenanzas, y los acuerdos*

deben fijar directamente, los sujetos activos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos (lo subrayado es de la Sala).

La parte final de esta norma la entiende el señor apoderado del municipio de Popayán, como que ya no se requiere la autorización de la Ley y que el municipio tiene libertad absoluta para señalar, el hecho gravado, la base gravable y la tarifa.

La Sala no comparte tal apreciación porque los términos empleados en el artículo 313 de la nueva Constitución no permite tal interpretación, ya que conforme a esta norma, corresponde a los Concejos, 4o. votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos los gastos locales, por lo cual cintinúan sujetos a la autorización del Legislador para decretarlos.

Y en cuanto al caso concreto, el apelante alega que el artículo 225 del Decreto 1.333 de 1986, autoriza gravar los casinos que se ubiquen en su jurisdicción, "en la misma forma en que se graven los juegos permitidos, no les es aplicable porque el Municipio de Popayán no tiene ese gravamen. Se observa, sinembargo, que el artículo 227 del mismo decreto que el apelante, no menciona, expresa:

"De conformidad con la Ley 89 de 1948, está vigente el impuesto del diez por ciento (10%) del valor de cada boleta o tiquete de apuestas, en toda clase de juegos permitidos a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 78 de la Ley 12 de 1932", y esta norma estableció:

"Con objeto de atender el servicio de los bonos del empréstito patriótico que emita el Gobierno, establécense los siguientes gravámenes:

1o.) Un empréstito de diez (10 x 100) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apuestas en cada clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos".

De lo anterior, resulta clara la suspensión provisional decretada de las normas acusadas al establecer una base gravable, y tarifa distinta a la ordenada en la Ley.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, Notifíquese, devuelváse 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/SUSPENSION PROVISIONAL

Es palmario que ni las normas de la Constitución artículo 197 de la anterior Constitución, ni el Decreto 1333 de 1986 sobre Régimen Municipal, autorizan a los Concejos Municipales para crear y cobrar el impuesto de "matrícula o inscripción" equivalente a una mensualidad del impuesto de industria y comercio incluidos el valor de los complementarios, que deberán pagar los industriales, comerciantes y empresas de servicio para renovar su matrícula como tales.

Se decreta la SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1o. inciso 1o. del Acuerdo No. 7 del 27 de febrero de 1987 del Concejo Municipal de Pereira.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3795. Actor: Luis Mario Duque. Apelación Interlocutorios (Suspensión Provisional). Auto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el demandante en acción pública de nulidad, el abogado Luis Mario Duque, contra el auto de 25 de junio de 1991, por medio de la cual se admitió la demanda de nulidad contra el artículo 1o. del Acuerdo No. 07 originario del Concejo Municipal de Pereira pero se negó la "suspensión provisional" de la norma demandada.

El Tribunal Administrativo de Risaralda estimó que no se daba la violación acusada que resultara de una sencilla comparación y negó la suspensión provisional.

El recurso se concreta a este aspecto.

Dice la norma acusada cuya suspensión provisional fue negada:

"ACUERDO NUMERO SIETE (7) de 27 de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Por el cual se modifica el Decreto 290 del 29 de diciembre de 1986, en relación con el pago de matrícula para el funcionamiento de bares, cantinas, griles, hoteles, fuentes de soda y similares.

EL CONCEJO MUNICIPAL DE PEREIRA en uso de sus atribuciones legales, en especial de las que le confiere el Artículo 197 de la Constitución Nacional y el Decreto No. 1333 de 1986.

ACUERDA:

"Artículo 1o.– El artículo 15 del Decreto 290 de 29 de diciembre de 1986, quedará así:

Artículo 15.– La matrícula o inscripción implicará el pago del equivalente a una mensualidad del respectivo impuesto incluyendo el valor de los complementarios.

"PARAGRAFO: Los contribuyentes de los establecimientos comerciales industriales o de servicio deberán renovar cada año la matrícula".

Los artículos de superior categoría cuya contradicción se acusa, expresan en su orden:

Artículo 43 de la Constitución vigente cuando se introdujo la demanda, que expresa:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones (Acto Legislativo No. 3 de 1910).

"Artículo 197.– Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: ...".

"2.– Votar, en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas las contribuciones y gastos locales".

Artículo 33 de la Ley 14 de 1983:

"Este impuesto 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 devoluciones, ingresos provenientes de la venta de activos fijos y de las exportaciones, recaudo de impuestos y percepción de subsidio".

"Sobre la base gravada definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes limites máximos:

1.– El 7 por 1.000 mensuales para actividades industriales;

2.– El 10 por 1.000 mensuales para actividades comerciales y de servicio".

Acusa igualmente la violación del artículo 172 del Decreto 13333 de 1986.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tanto en la Constitución Política vigente el 4 de julio de 1991, –artículo 197–, como en la actual, –artículo 313, numeral 4–, vigente desde ese mismo día, se consagra el principio de la soberanía limitada de los Concejos para decretar tributos, requiriéndose la autorización del legislador en la forma de una ley. En efecto el artículo 313, numeral 4o. de la Constitución vigente expresa:

"ARTICULO 313.– Corresponde a los Concejos:

"....."

"4.– Votar de conformidad con la constitución, y la ley los tributos y gastos locales".

Luego, es palmario que ni las normas de la Constitución, artículo 197 de la anterior Constitución, ni el Decreto 1333 de 1986, sobre Régimen Municipal, autorizan a los Concejos Municipales para crear y cobrar el impuesto de "matrícula o inscripción", equivalente a una mensualidad del impuesto de industria y comercio incluidos el valor de los complementarios, que deberán pagar los industriales, comerciantes y empresas de servicio para renovar su matrícula como tales.

Así las cosas, el artículo 1o. del Acuerdo No. 7 del 27 de febrero de 1987, que modifica el artículo 15 del Decreto No. 290 de 1986, mediante

el cual fue creado el impuesto de matrícula o inscripción carece del respaldo jurídico invocado en el artículo 197 de la anterior Constitución ni en el Decreto 1333 de 1986 tampoco lo tiene en las nuevas normas constitucionales que en esta materia reiteran el principio contenido en el artículo 197 de la Constitución anterior, relativo a la soberanía limitada de los Concejos Municipales para crear contribuciones.

Habrá entonces que decretarse la suspensión provisional, revocando el auto apelado en el numeral 2o. que la negó.

En mérico de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revocar el numeral 2o. del auto del 25 de junio de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en su lugar, se decreta la suspensión provisional del artículo 1o., inciso 1o. del Acuerdo No. 7 del 27 de febrero de 1987.

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 la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION OFICIAL–Requisitos/**IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ERROR ARITMETICO**–Inexistencia

Como en el caso en estudio ló que se tipificó fue la omisión de un impuesto, no un "error aritmético", no podían las Oficinas de Impuestos practicar una liquidación oficial con fundamento en el artículo 80 del Acuerdo 21, porque en tal circunstancia lo que ha debido proferir es una Resolución. Menos aún efectuarla sin requerimiento previo escrito o cuestionario de visita para que la sociedad desvirtuara el punto que se proponía modificar como lo prescribe expresamente el parágrafo del Artículo 47 armónico con el 42 ibídem.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3659. Actor: Comestibles La Rosa S.A. Contra D.E. de Bogotá. Industria y Comercio –Fallo–.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia del 7 de febrero de 1991 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la sociedad COMESTIBLES LA ROSA S.A., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al período gravable 1984, vigencia 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad reclamante presentó la declaración de Industria, Comercio y Avisos por el año materia de controversia, absteniéndose de liquidar en ella el 1o/o mensual adicional previsto en el parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983, actuación que originó que oficiosamente y sin mediar requerimiento previo el Director de Impuestos Distritales practicara la liquidación oficial 840047 de febrero 27 de 1987, en la que dijo hacer el "ajuste por error aritmético de conformidad con el Artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983".

Interpuestos los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, la Dirección de Impuestos Distritales a través de la Resolución 826 del 11 de sept./87, resolvió el primero y la Junta Distrital de Hacienda el segundo, por medio de la Resolución 084 de marzo 4 de 1988. En ambas resoluciones se confirmó la decisión oficial impugnada, en síntesis, porque al contrario de lo que opina la apoderada judicial de la firma, 1) La Administración Distrital sí era competente para liquidar el 1o/o adicional que la sociedad omitió declarar y no pagó con la liquidación privada, conforme lo ordenan las normas vigentes y 2) Sí se configuró el error aritmético porque al anotar en el renglón 40 del formulario oficial una partida igual a cero, se determinó un impuesto menor al que le correspondía pagar a la sociedad.

Incoada la acción contenciosa, la reclamante solicita la nulidad de la operación administrativa en cita y que como consecuencia se restablezca en su derecho a la sociedad, confirmando su liquidación privada presentada el 30 de abril de 1985 radicada bajo el número 021611, por el año gravable de 1984, vigencia 1985, por su establecimiento de la Calle 67 No. 12-35 de Bogotá.

Citó como normas quebrantadas las siguientes:

"a) Por expedición irregular: se violan los artículos 46 numeral 11 del Acuerdo 21 de 1983, emanado del Concejo Distrital, así como el Artículo 35 del Decreto 01 de 1984, por carencia de motivación siquiera sumaria de las modificaciones efectuadas.

b) Se viola el Artículo 80 del Acuerdo 21 de 1983, por aplicación indebida, pues no se trata de un error aritmético.

c) Se violan los Artículos 42 y 47 numeral 10 del Acuerdo 21 de 1983, por ausencia del requerimiento.

d) Se viola el Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983, por no aplicar la prohibición en él contenida. Igualmente se violan los Artículos 52 a 56 del Código de Régimen Político y Municipal y la Constitución Na-

cional, Artículo 30, al pretender aplicar retroactivamente una norma vigente con posterioridad al cierre del período gravable.

e) Se viola el Artículo 240 de la Ley 4a. de 1913 y el Artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por invertir el orden de prelación de las normas jurídicas ...".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 7 de febrero de 1991, declaró nulos los actos acusados.

El *a-quo* negó por improcedente la excepción de "ineptitud sustantiva de la demanda" propuesta por el apoderado judicial del Distrito, por no pago de la suma discutida. La Magistrada conductora del proceso, dice, ordenó prestar caución en cuantía de $121.550 que fue otorgada mediante póliza judicial y admitida la demanda con aceptación tácita de la caución no cuestionada en aquella oportunidad, "se está en presencia de un hecho consolidado que es "ley del proceso".

En el análisis de fondo encuentra el Tribunal que en el caso materia de cuestionamiento lo que hubo, dice, fue una disparidad jurídica en la aplicación del parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983 que no tipifica un "error aritmético", y por ende, "la Administración sólo podía en derecho modificar la liquidación privada del contribuyente, previo requerimiento o visita, requisitos que omitió infringiendo flagrantemente los Artículos 47 y 80 del antes citado estatuto local.

LA APELACION

El apoderado judicial del Distrito no comparte la decisión del Tribunal.

Insiste en que la sociedad olvidó incluir en la auto-liquidación el 1% del parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983 que ordenó cobrar el Acuerdo Distrital No. 9 de 1984 (85) y contemplan los formularios de la declaración privada.

No es cierto, afirma, que la empresa declarante hubiera explicado en ese momento la causa de la omisión, ni tampoco esta explicación se allegó con los anexos del denuncio fiscal, de donde deduce que la actuación oficial estuvo ajustada a la ley.

Con argumentos similares a los expuestos por las Oficinas de Impuestos en el trámite gubernativo, ratifica que se configuró el error aritmético y que en la liquidación oficial sí se consignó la explicación sumaria de las

modificaciones efectuadas a la liquidación privada, en la forma que previene el numeral 11 del Artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983, acto administrativo para el cual no era obligatorio efectuar el requerimiento previo que reclama la demandante.

No tiene duda el apoderado del Distrito de que el 1% mensual adicional del impuesto de Industria, Comercio y Avisos, que previó el parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983, se contempló para la vigencia fiscal 1984, año gravable 1983, así como de que el Acuerdo 9 de 1984 (85), previó el pago de tal suma para la vigencia fiscal 1985, año gravable 1984.

Y en cuanto a la excepción de ilegalidad propuesta por la apoderada de la actora a más de calificarla de extravagante la niega por improcedente con cita del libro DERECHO ADMINISTRATIVO, sexta edición, págs. 385 y ss., tratadista Jaime Vidal Perdomo, del cual extracta algunos apartes sobre el particular.

Pide finalmente se revoque la sentencia apelada por "carecer de fundamento jurídico".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo, solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Estima en síntesis el señor Fiscal, que la liquidación oficial acusada, fuera de haber sido expedida por funcionario competente, reúne los requisitos que señala el Artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983.

El hecho, dice, de que la "explicación sumaria" de las modificaciones que se hacen en la liquidación oficial sea equivocada, incompleta, o no haga referencia a la norma legal que establece la "sobretasa" o que la situación objeto de las modificaciones no constituya un error aritmético, no afecta la validez de dicha liquidación.

Entiende que la omisión en que incurrió la sociedad al abstenerse éste de calcular en la liquidación privada el valor que establece el parágrafo transitorio del Artículo 115 del citado Acuerdo 21, más que un error aritmético como lo calificó la Administración, fue un error de liquidación, que la Administración podía corregir en uso de las facultades que le confieren los Artículos 46 y 47 de aquel estatuto, a través de una liquidación oficial para cuya expedición no era obligatorio el requerimiento previo.

De otro lado afirma, que la Dirección aplicó correctamente el parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21, aplicación que recayó sobre situaciones acaecidas después de que aquél entró en vigencia, puesto que según él, éste rige para el año gravable de 1984, y el Acuerdo 9 para el período de 1985.

Y, en cuanto a la excepción de legalidad la rechaza por improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El punto central de la controversia con el acto administrativo impugnado se concreta a establecer si como sostiene el Tribunal, la liquidación impugnada es nula porque se practicó sin previo requerimiento o visita, o si al contrario, como afirma el representante judicial del Distrito Especial aquél, no era obligatorio porque la liquidación se fundamentó en un "error aritmético" cometido en la liquidación privada.

Debe dilucidar la Sala primero entonces si, en el caso materia de controversia se configuró el error aritmético que predica la Administración para establece luego, si el acto administrativo que lo corrigió estuvo o no ajustado a las prevenciones de ley para tales eventos.

El Acuerdo 21 de 1983 y demás normas reguladoras del impuesto de Industria y Comercio, no definen lo que por "error aritmético" debe entenderse, pero ante la ausencia de definición legal y acudiendo a normas vigentes en otros tributos, la Sala reiteradamente ha dicho que se entienden por tales, "aquellas equivocaciones resultantes de operaciones matemáticas y confusiones de orden numérico que no afectan de fondo las informaciones básicas correctamente declaradas y consecuentemente distintas a las diferencias de interpretación o criterio" (Sentencia octubre 9 de 1987, radicación 1480, actor: Citroautos Internacional Ltda; sentencia del 8 de junio de 1990, Expediente 2339, actor: Distribuidora de Automotores Colombianos Ltda.; sentencia de noviembre 1o. de 1991, Expediente 3534, actor: Industrias Nestle de Productos Alimenticios S.A.).

En los antecedentes de este proceso se establece que deliberadamente la empresa contribuyente no incluyó en el formulario oficial, el valor adicional de que trata el parágrafo transitorio del Artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983, reproducido en el Acuerdo 9 de 1985, Artículo 10, porque según su entender no era su obligación hacerlo, como lo sostuvo durantel el trámite gubernativo alegando la inaplicabilidad por el período 1984 del último Acuerdo, de donde resulta que lo que se configuró fue la omisión de un tributo en virtud de un criterio, no de un error matemático como lo calificó la Administración Distrital.

En el estatuto fiscal son dos los procedimientos previstos para modificar la liquidación privada. Mediante *liquidación oficial* puede variar aspectos de aquélla, siempre que hubieren sido incluidos en el requerimiento o cuestionamiento de visita, salvo en los casos en que se trate de "error aritmético" o de liquidación de contribuyente (Arts. 46 y 47 del Acuerdo 21 de 1983) que puede corregir directamente.

Por *Resolución* la Administración puede corregir oficiosamente o a solicitud del contribuyente interesado, los "errores matemáticos" detectados en la liquidación privada.

Así las cosas, como en el caso en estudio lo que se tipificó fue la omisión de un impuesto, no un "error aritmético", no podían las Oficinas de Impuestos practicar una liquidación oficial con fundamento en el Artículo 80 del varias veces mencionado Acuerdo 21, porque en tal circunstancia lo que ha debido proferir es una Resolución. Menos aún efectuarla sin requerimiento previo escrito o cuestionario de visita para que la sociedad desvirtuara el punto que se proponía modificar como lo prescribe expresamente el parágrafo del Artículo 47 armónico con el 42 Ibídem.

Por lo anterior es evidente que hubo una flagrante violación de los Artículos en cita, razón por la cual comparte la nulidad que decretó el *a-quo* en la sentencia objeto de instancia.

En virtud de lo expresado, 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 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de febrero de 1991, en el juicio No. 6360 relacionada con la demanda de la sociedad COMESTIBLES LA ROSA S.A. identificada con el NIT: 60.002.553.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

CHEQUE–Negociabilidad/**SUSPENSION PROVISIONAL**

No se desvirtúa la aparente y franca contradicción literal de los textos enfrentados, pues mientras la ley dice que los cheques en cuestión "solo podrán cobrarse por conducto de un banco", la circular concluye que pueden serlo no solo por un banco sino por ventanilla.

CONFIRMASE LA SUSPENSION de la Circular Externa No. 026 del 3 de mayo de 1991 dictada por el Superintendente Bancario.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3803. Actor: Martha Cecilia Forero Galán C/ Superintendencia Bancaria. Autoridades Nacionales –Auto–.

El señor apoderado de la entidad demandada y la parte impugnadora interpusieron recurso de reposición contra el Auto del 27 de septiembre de 1991 en cuanto al aceptar la demanda, la Sala ordenó la suspensión provisional de la Circular Externa 026 de mayo 3 de 1991 dictada por el Superintendente Bancario.

El señor apoderado de la Superintendencia, tras un juicioso análisis del problema planteado resume su oposición en los siguientes términos:

"Se puede concluir, entonces, que la previsión contenida en la Circular Externa 026 de 1991, al señalar que el cheque no negociable puede ser

pagado directamente por el banco librado a su beneficiario, trasciende el marco del artículo 715, antes citado, pues se refiere a una facultad natural del tenedor legítimo del cheque para ejercer el derecho en él incorporado. No puede, en consecuencia, afirmarse que dicho instructivo viola el artículo 715 del Código de Comercio, relativo a la limitación de negociabilidad del cheque, cuando el hecho del pago al tenedor legítimo no implica en medida alguna negociación del documento.

3. La anterior posición, que, por cierto, corresponde a la adoptada en la práctica bancaria, consulta la función asignada legalmente a la figura de la restricción de negociabilidad, conforme a la cual el cheque no negociable sólo podrá ser pagado válidamente por el banco librado al beneficiario, sea por ventanilla o sea por otro medio, o cobrado valiéndose de los servicios de un banco, como lo establece el inciso 2o. del artículo 715 del Código de Comercio, salvo en el caso, según se expresó en la circular demandada, "de una norma legal que limite de manera específica el pago directo al beneficiario, como ocurre con los cheques fiscales que sólo podrán pagarse abonando su valor en la cuenta que la entidad pública mantenga en el banco librado o en el establecimiento de crédito consignatario".

. . . . . "

Lo anterior le da pie para sostener que la Circular, en lugar de infringir al Artículo 715 del Código de Comercio, confirma la previsión contenida en su inciso segundo.

Los impugnadores de la demanda también hacen un pormenorizado estudio del significado del Artículo 715 del Código de Comercio partiendo de la base de que son distintas las cláusulas restrictivas de la negociabilidad de los cheques, frente a las relativas a su forma de pago y desarrollan cada una ampliamente con referencias a los antecedentes de nuestra legislación sobre Títulos Valores. Dentro de las conclusiones a que llegan, se destaca:

"Así la expresión "sólo podrán cobrarse por conducto de un banco" no debe entenderse en un sentido restrictivo del derecho del beneficiario, sino facultativo para los bancos, como únicos sujetos legalmente autorizados para presentar al cobro un cheque cuyo girado haya limitado su negociabilidad.

Lo anterior es así, dado que el artículo 715 es una norma de carácter dispositivo al igual que varias del Código de Comercio, lo cual impone que su interpretación no debe ser restrictiva, y menos para llegar a resultados adversos a la finalidad de la legislación".

SE CONSIDERA:

Las exposiciones presentadas por los opositores a la demanda constituyen piezas de mucho valor en las que se encuentran expuestos importantes elementos para adoptar una decisión de fondo. Pero como es fácil observar en ellas, a lo que conducen es a que la interpretación correcta del Artículo 715 del Código de Comercio es la propugnada por ellos, pero al fin y al cabo interpretaciones que quizás estén en lo cierto, pero no desvirtúan la aparente y franca contradicción literal de los textos enfrentados, pues mientras la ley dice que los cheques en cuestión "sólo podrán cobrarse por conducto de un banco", la circular concluye que pueden serlo no solo por un banco sino por ventanilla. Sólo o solamente, es adverbio que significa "de un solo modo, en una sola cosa, o sin otra cosa", de manera que por lo menos en forma aparente la contradicción es válida y es posible que pueda llegarse a admitir lo contrario, pero mediante un trabajo de interpretación como la que han expuesto los opositores y en cuanto las facultades del Superintendente lo permitan.

Dada esa manifiesta contradicción, procede mantener la suspensión.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE la suspensión de la Circular Externa No. 026 del 3 de mayo de 1991 dictada por el señor Superintendente Bancario y decretada por esta Sección en el Auto recurrido.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

RENTA DE TRABAJO/PERDIDA COMERCIAL/COMPENSACION/DEDUCCION/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Si las rentas de trabajo por definición legal son las obtenidas por personas naturales por concepto de salarios, comisiones, gastos de representación etc. ello significa también que las rentas de trabajo no son solamente las originadas en un contrato de trabajo mediante subordinación, sino que pueden quedar comprendidas dentro del grupo de las provenientes de un contrato de comisión o de mandato. De manera que independientemente de que las comisiones recibidas por el contribuyente no hubiesen sido afectadas con costos o deducciones, al pretenderse su compensación con el resultado de una pérdida es evidente la transgresión del artículo 21 de la Ley 9a. de 1983 que prohibe afectar las rentas de trabajo con pérdidas cualquiera que sea su origen. (Período fiscal de 1984).

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3671. Actor: Jaime Alarcón Granados. Apelación de la sentencia del 31 de enero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto de renta y complementarios, año gravable de 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor JAIME ALARCON GRANADOS C.C. No. 172.238 de Bogotá, contra la sentencia de 31 de enero de 1991 mediante la cual el Tri-

bunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda relativas a los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios del año gravable 1984.

ANTECEDENTES:

Previo requerimiento especial 000595 de la Auditoría Interna de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la División de Liquidación mediante acto liquidatorio oficial 210128 de mayo 19/87 con fundamento en el art. 21 de la Ley 9a. de 1983 desestimó pérdida solicitada en la actividad comercial al compensar la contribuyente rentas de este origen con rentas de trabajo. En efecto, el contribuyente denunció como ingresos (renglón 26 de la declaración de renta) la suma de $7.457.013.00 por concepto de comisiones recibidas del Consorcio Metalúrgico Nacional S.A. "Colmena" y también la cantidad de $53.843.577.00 por concepto de ingresos netos industriales y comerciales (renglón 42); pero a estos ingresos industriales y comerciales dedujo costos y gastos por este mismo concepto por $59.480. 574.00 de donde resultó la pérdida rechazada de $5.636.997.00 (renglón 44) que se discute. (fls. 14/16 y 25/30).

Impugnada la liquidación oficial la División de Recursos Tributarios por medio de la Resolución A-0051-P de marzo 28/88 la confirmó en todas sus partes, relievando que el contribuyente afectó con costos y gastos incurridos en la actividad industrial y comercial ingresos que legalmente corresponden a rentas de trabajo transgrediendo con ello el artículo 21 de la ley 9a. de 1983, en cuanto dispone que las rentas de trabajo no pueden afectarse con pérdidas, cualquiera que sea su origen. Con este acto administrativo se agotó la vía gubernativa. (fls. 36/40)

Al decidir el Tribunal las súplicas de la demanda reiteró el punto de vista que tuvo la Administración Tributaria para rechazar la mencionada pérdida y además se refirió a la presunta falta de delegación de los funcionarios que practicaron la liquidación oficial señalando al efecto que tal acto administrativo goza de la presunción de legalidad la cual no fue desvirtuada por el demandante. Por lo tanto denegó las pretensiones de la demanda (fls. 197/209).

EL RECURSO DE APELACION:

En el escrito sustentatorio del recurso el apelante observa, en primer término que en la declaración de renta de 1984 cometió un error en el renglón 27 del formulario al declarar como rentas de trabajo unas comisiones por ventas que recibió en su calidad de comerciante.

En segundo lugar, precisa que la actividad probatoria dentro del proceso se encaminó a ratificar la veracidad de lo afirmado, pues en 1984 Jaime

Alarcón Granados se desempeñó como comerciante de tiempo completo y en ningún momento obtuvo ingresos por contrato de trabajo; que sus libros de contabilidad eran, y son plena prueba en su favor en cuanto están debidamente registrados. En resumen, que todos estos elementos son una comprobación de lo antes dicho, pues tienen la fuerza de convicción suficiente para probar la razón de ser de sus pretensiones. Relieva que el Tribunal no tuvo en cuenta estas circunstancias ni las pruebas al emitir su fallo. Por tanto pide la revocación de la sentencia de primera instancia y en su lugar se acojan las súplicas de la demanda (fls. 216/217).

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA.

La Dirección de Impuestos Nacionales por medio de apoderada observa que en el *sub-exámine* resulta indudable cómo desde un comienzo de la discusión administrativa el origen de las comisiones equivale a una compensación por los servicios personales del contribuyente y por ende, involucrados dentro del concepto de rentas de trabajo. Señala que la circunstancia de ser discriminadas las comisiones dentro de un criterio cualquiera del formulario, es indispensable y ajena a la realidad de su origen, así su localización dentro de cualquiera de los renglones dispuestos para el efecto, no implica la variación de su propio origen; y en tonces consignado o no el espacio para renta de este tipo sigue perteneciendo fatalmente a rentas de trabajo.

En cuanto al certificado expedido por Colmena referente al pago de comisiones sobre ventas precisa que esta prueba corrobora que tales comisiones corresponden a compensaciones por los servicios personales del señor ALARCON GRANADOS y lo propio puede sostenerse del contenido de la certificación expedida por contador público allegada al expediente.

Por último puntualiza que "convalida la actuación durante la vía gubernativa el hecho de no haberse demostrado aún todavía, la correlativa necesidad de los gastos que han afectado las virtuales comisiones sobre ventas en forma que hicieran procedente las deducciones sobre tales partidas solicitadas por el contribuyente" (f. 232). Por consiguiente la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales pide la confirmación de la sentencia apelada (fls. 227/233).

CONCEPTO FISCAL

Lo rinde en este proceso la Fiscalía Sexta a cargo de la doctora Margarita de Obando quien sostiene que los documentos allegados indican a las claras que el señor Alarcón Granados tiene como actividad económica principal la de comerciante, que paralelamente en 1984 como persona natural desarrolló labores de comisionista, de ahí que los ingresos correspondientes a este último tipo de actividad tengan que considerarse por definición

legal como renta de trabajo, aún cuando no se deriven de vínculo laboral alguno (art. 103 E.T.).

Señala que la declaración de renta presentada por el contribuyente está tan ajustada a este criterio legal que en uso de su legítimo derecho dividió rentas de trabajo con su cónyuge hasta el límite permitido en ese año por la ley ($145.000.00).

Por último, relieva que certificación expedida por Colmena es contundente en cuanto ella indica que los ingresos ($7.557.013.00) los obtuvo el contribuyente como persona natural, pues distinto hubiera sido si las mencionadas comisiones las hubiese recibido en su condición de persona jurídica, caso en el cual no cabría la noción legal de rentas de trabajo. Por lo expuesto auspicia la confirmación de la sentencia apelada (fls. 234/241).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta instancia pretende el actor que las comisiones por ventas que recibió y declaró en el año gravable 1984 en el renglón 21 del formulario de la declaración de renta y patrimonio no se consideren rentas de trabajo, sino simplemente que las obtuvo del Consorcio Metalúrgico Nacional S.A. "Colmena" en su condición de comerciante.

En primer lugar observa la Sala que las rentas de trabajo reseñadas en los renglones 21 a 26 del formulario oficial generalmente no implican costos como en el caso de los salarios, viáticos, pensiones de jubilación etc., pero podrían ocasionar gastos o deducciones los honorarios y comisiones cuando el contribuyente se instala en oficina, paga secretaria, papelería, servicios públicos etc. En el caso *sub-exámine* no se evidencia esta circunstancia puesto que el renglón 28 de las "Deducciones de rentas de trabajo" es cero.

Ahora bien, si las rentas de trabajo por definición legal (art. 10 Decreto 2053/74) son las obtenidas por personas naturales por concepto de salarios, comisiones, gastos de representación etc. ello significa también que las rentas de trabajo no son solamente las originadas en un contrato de trabajo mediante subordinación, sino que pueden quedar comprendidas dentro del grupo de las provenientes de un contrato de comisión o de mandato.

De manera pues que, independientemente de que las comisiones recibidas por el contribuyente del Consorcio Metalúrgico Nacional S.A. no hubiesen sido afectadas con costos o deducciones, al pretenderse su compensación con el resultado de una pérdida del orden de $5.636.997.00 es evidente la transgresión del artículo 21 de la Ley 9a. de 1983 que prohibe afectar las rentas de trabajo con pérdidas cualquiera que sea su origen.

Es tan cierto que los $7.457.013.00 son, sin lugar a dudas, "Rentas de trabajo" obtenidas por la actividad personal del señor Jaime Alarcón Granados que en el renglón 66 del formulario dedujo rentas de trabajo cedidas al cónyuge, Blanca María Jiménez de Alarcón C.C. No. 20.118.496 por la suma máxima de $145.000.00 permitida para el año gravable en cuestión, como acertadamente lo señaló la distinguida Fiscal Sexto ante la Corporación. Por consiguiente, sin más consideraciones habrá la Sala de confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

1o.– CONFIRMASE la sentencia de 31 de enero de 1991 proferida en el juicio 6.373 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda formulada por JAIME ALARCON GRANADOS C.C. No. 172.238 de Bogotá contra los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios del año gravable 1984.

2o.– Reconócese personería a la doctora María Cristina Ramírez Londoño de acuerdo con poder visible a folio 220 del expediente.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala – Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

COSTOS–Rechazo/RETENCION EN LA FUENTE/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Como es evidente que para que procediera el reconocimiento de los costos (fletes) sujetos a retención en la fuente, el contribuyente estaba obligado a adjuntar a la declaración de renta, copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones, luego encontrándose condicionado el reconocimiento de los costos sujetos a retención a la comprobación de la misma, que no fueron aportados en el caso *sub-exámine* como anexo a la declaración, no era procedente considerar ciertos los costos declarados, cuando se hizo caso omiso de la exigencia legal de carácter probatorio. (Período fiscal de 1983).

DEDUCCION POR SALARIOS/LIQUIDACION DE REVISION/IMPUESTO SOBRE LA RENTA/APORTES PARAFISCALES

En el *sub-lite* es evidente que la razón del rechazo de la deducción por salarios y demás pagos laborales, fue por falta de aportes al SENA y si bien el requerimiento especial en el punto anterior propone glosa a los aportes con el I.S.S., I.C.B.F. y SENA, la misma solamente se refiere a la deducción de los aportes y no de los salarios como erróneamente lo planteó la liquidación de revisión y como los aportes con el SENA se encuentran probados en el proceso, tal como lo reconoce la misma Administración en la Resolución que decidió el recurso, el reconocimiento de la deducción por salarios se impone sin lugar a dudas. (Período fiscal de 1983).

PRUEBA CONTABLE–Ineficacia/LIBROS DE CONTABILIDAD–Registro/CERTIFICACION CONTABLE

La certificación contable se considera que no constituye prueba suficiente, porque el registro de los libros de contabilidad tiene validez

probatoria solamente a partir de esa fecha, y como los fletes que se pretenden probar se realizaron antes del registro es claro, que la certificación sobre dichos registros carece de valor probatorio por cuanto se fundamentó en libros que carecían del correspondiente registro, irregularidad que invalida la prueba contable.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Expediente Nro. 3153. Actor: Rápido Humadea Ltda. Impuestos. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad Rápido Humadea Ltda., contra la sentencia del 21 de mayo de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra la operación administrativa que le determinó los impuestos de renta y sanciones a cargo, por la anualidad tributaria de 1983.–

ANTECEDENTES: La sociedad "RAPIDO HUMADEA LTDA", presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al período gravable de 1983, el día 25 de abril de 1984, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en cuya liquidación privada determinó los impuestos a su cargo en la suma de $1.362.734.

Mediante el requerimiento especial Nro. 544 del 22 de abril de 1986, la Administración comunicó a la sociedad su intención de modificar la liquidación privada, porque no acreditó haber efectuado retención en la fuente conforme a lo exigido por los artículos 62 del Decreto 3803 de 1982, 12 del Decreto 2026 de 1983, numeral 16 artículo 16 del Decreto 080 de 1984, sobre los pagos correspondientes a fletes (entre otros) por valor de $462. 583.494, tampoco acreditó aportes con el I.C.B.F. (entre otros) en la suma de $15.031, y por falta de aporte al Sena, respecto a salarios por valor de $4.188.964. También se le anunció sanción por no haber identificado a los beneficiarios de los pagos y de quienes recibió ingresos, de acuerdo a lo exigido por los artículos 1o. y 59 del Decreto 3803 de 1982 y 16 del Decreto 398 de 1983.–

El día 19 de junio de 1986, la sociedad dio respuesta al requerimiento especial y con base en ella, la Administración aceptó salarios por valor de $1.234.931, sosteniéndo el rechazo sobre la suma de $2.954.033; en la mis-

ma forma confirmó el rechazo sobre los fletes y aportes y confirmó la sanción anunciada, actuación plasmada en la Liquidación de Revisión Nro. 000620 del 25 de julio de 1986, la cual determinó los impuestos y sanción en la suma de $84.534.661.–

Contra la anterior liquidación de revisión, la sociedad presentó recurso de reconsideración en memorial de fecha 15 de septiembre de 1986, objetando cada uno de los rechazos efectuados a excepción de la sanción que aceptó. Reiteró los argumentos expuestos con la respuesta al requerimiento especial en lo que a los fletes se refiere, en el sentido de haber efectuado la correspondiente retención en la fuente sobre la partida de $225. 101.400 según relación anual consolidada y relación de recibos de pago de los que aportó fotocopias autenticadas; y en cuanto a la diferencia $237.482.094 aportó certificación de contador para demostrar que sobre dicha suma no había obligación de efectuar retención por haberse pagado antes de entrar en vigencia la norma que exigió la retención. Aportó igualmente certificados de las entidades parafiscales Sena e ICBF, para desvirtuar los rechazos de aportes y salarios.–

Mediante la Resolución Nro. A-000443-P del 17 de junio de 1988, la Administración decidió el recurso, aceptando por concepto de fletes la suma de $193.890.590 con base en las relaciones y recibos de pago aportados; aceptó salarios por valor de $2.171.953, manteniéndo el rechazo sobre las diferencias de estos conceptos no desvirtuados, y también sobre la partida de aportes al I.C.B.F., este proceder originó la práctica de nueva liquidación de impuestos, en la suma de $49.247.211, actuación con la cual se agotó la vía gubernativa.–

Inconforme con el proceder de las autoridades de impuestos, acudió a la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda de fecha 24 de agosto de 1988, que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuyo libelo solicitó la nulidad de la operación administrativa acusada y como restablecimiento del derecho el reconocimiento de los costos y deducciones que le fueron desestimados y por ende la confirmación de la liquidación privada.–

Citó el accionante como normas violadas, los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, 43 del Código Contencioso Administrativo 33 y 46 de la Ley 52 de 1977, 47 del Decreto 825 de 1978, 15, 16, 17, 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974, al haberse rechazado los fletes no sujetos a retención en la fuente por haberse causado antes de la vigencia del artículo 12 del Decreto 2026 de 1983.–

Así mismo, los artículos 68 del Decreto 3803 de 1982, y artículo 16 numeral 16 del Decreto Reglamentario 080/84, artículo 33 de la Ley 52 de 1977, por el rechazo de parte de los fletes sujetos a retención en la fuente,

requisito que en su concepto se demostró con las correspondientes relaciones y recibos de pagos aportados con la oportunidad del recurso gubernativo.–

Los artículos 46 de la Ley 52 de 1977, 47 del Decreto 825 de 1978, 16 numeral 16 del Decreto 80 de 1984, por cuanto con el rechazo de salarios se amplió el argumento inicialmente citado, a los aportes al I.C.B.F., siendo un hecho nuevo que genera nulidad de conformidad con el artículo 47 del Decreto 825 de 1978.–

LA SENTENCIA APELADA: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto que reconoció parte de los aportes del I.C.B.F., en la suma de $11.279 por encontrarse probado la oportunidad del pago y salarios por la totalidad de la partida $782.000, porque la liquidación cambió la razón de la glosa, todo con fundamento en el artículo 47 del Decreto 825 de 1978.–

Pero, en relación con los fletes, mantuvo el proceder de la Administración, considerando en cuanto a los pagos entre el 1o. de enero y el 10 de agosto de 1983, (antes de la vigencia de la norma que exigió la retención) que la certificación contable no es de recibo porque no se prueba de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del Código de Comercio la inscripción de los libros en la Cámara de Comercio, que según el contador se hizo el 12 de agosto de 1983 y que las planillas únicas de carga (comprobantes externos) demuestran que los vehículos estan afiliados a otras empresas diferentes a la actora, aparecen repisadas y corregidas, restándole valor probatorio. Sobre la otra partida de fletes, (con obligación de retención) estima el *A-quo* que no se demostró que las retenciones efectuadas por concepto de servicios corresponden a los pagos hechos por fletes por que las relaciones aportadas no lo demuestran y el Tribunal no puede concluir que los servicios sean los mismos fletes, y que la certificación contable no es válida por la circunstancia ya expuesta.–

LA APELACION: La apoderada judicial de la parte actora objeta la sentencia del Tribunal, manifestando que no se pronunció sobre la totalidad de los argumentos expuestos en la demanda, concretamente, sobre la nulidad aducida por violación del artículo 33 de la Ley 52 de 1977 en concordancia con el artículo 22 del Decreto 825 de 1978, porque la Administración no desvirtuó la presunción de veracidad respecto a los costos glosados (fletes) con la simple exigencia de la retenciónn en la fuente y tampoco se pronunció sobre la nulidad basada en el artículo 46 de la Ley 52 de 1977 y 42 del Decreto 825 de 1978, por cuanto también se cambió la argumentación o motivo del rechazo en las diferentes etapas procesales.–

Considera, que no obstante lo anterior su representada probó suficientemente que entre el 1o. de enero y el 16 de agosto de 1983, causo y pagó fletes por valor de $237.482.094 con el certificado del Contador y con los

comprobantes externos o planillas únicas de carga y cuyo valor probatorio no puede desconocerse con base en el artículo 30 del Código de Comercio, por cuanto dicha norma no fue traida a colación por ninguna de las partes, sin embargo, aporta certificación de la Cámara de Comercio para demostrar la exigencia de la inscripción de los libros.–

Precisa, que los únicos servicios solicitados como deducción fueron los relacionados como costos en el renglón 204 de la declaración por la suma de $464.819.201, de los cuales $462.583.494, corresponden a fletes, según el anexo 17 de la misma declaración, que, en consecuencia, al no existir ninguna otra clase de deducción por concepto de servicios, se puede concluir que la relación anual consolidada por concepto de servicios corresponde a fletes pagados, por lo que reitera el pedimento al reconocimiento de los fletes que se desconocieron por no coincidir la relación consolidada con la relación de pagos a terceros, en la suma de $31.210.810.oo.–

En consecuencia solicita a la Corporación revocar la sentencia del Tribunal y que se reconozca el derecho a las deducciones desetimadas por concepto de fletes.–

El apoderado de la entidad demandada–Dirección de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la apelante y apela adhesivamente la sentencia en los puntos que aceptó el Tribunal en contra de los intereses de su representada, es decir, en lo relacionado con los aportes y salarios.–

Observa, que no es procedente el reconocimiento de los aportes, porque las fotocopias de los comprobantes de consignación de aportes en cuantía de $11.279 que tuvo en cuenta el Tribunal no demuestran la oportunidad en el pago de los mismos, porque son ilegibles conforme lo determinó su representada en la resolución que decidió el recurso, no configurándose las violaciones de la demanda en este punto. En su sentir, tampoco se da incongruencia en las razones aducidas por la Administración para desestimar los salarios, y que tuvo en cuenta el Tribunal para aceptarlos porque desde el requerimiento especial (hoja Nro. 2) se hizo referencia a todos los aportes parafiscales y no solamente al del Sena como erróneamente lo afirma la demanda y lo acoge el Tribunal.–

EL MINISTERIO PUBLICO: El doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación, emite concepto en este proceso, considerando que no le asiste razón a la parte acora en sus alegaciones. Precisa que la partida de $31.210.810, por concepto de fletes (con retención) no se desvirtúa con la certificación del Contador, porque hace referencia solamente a su contabilización, y la Administración no la desestimó por falta de contabilización, sino por falta de correspondencia entre la relación consolidada de retenciones y la relación de pagos a terceros anexa a la declaración. Respecto a los causados entre el 1o. de enero y el 10 de agosto de 1983, prohija la

razón expuesta por la Administración en la Resolución que decidió el recurso, en el sentido de que la certificación contable no presta mérito probatorio por basarse en libros de contabilidad que apenas fueron registrados el 12 de agosto de 1983, es decir, que las operaciones en ellos registradas con anterioridad a dicho registro, carecen de valor probatorio.–

En consecuencia, considera que la sentencia apelada debe ser confirmada.–

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Al avocar el conocimiento de la apelación, se observa que la controversia se contrae a los siguientes aspectos: a) Desestimación de los costos por fletes en las sumas de $237.482.094 sobre la que no existía obligación de retención, y la suma de $31.210.810 con obligación de retención; b) aportes en cuantía de $11.279, y, c) salarios, en cuantía de $782.000.oo.–

1) Costos por fletes en las sumas de $237.482.094 y $31.210.810.–

Observa la Sala que la Administración inicialmente desestimó estos costos, porque la sociedad actora no acreditó haber efectuado la retención en la fuente, de conformidad con lo contemplado en los artículos 62 del Decreto 3803 de 1982, 12 del Decreto 2026 de 1983, y numeral 16 del artículo 16 del Decreto 80 de 1984.–

El artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, consagra: "Para efectos del reconocimiento de los costos y deducciones que correspondan a los conceptos objeto de retención en la fuente, *se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones".*

Es evidente, que para que procediera el reconocimiento de los costos (fletes) sujetos a retención en la fuente, el contribuyente estaba obligado a adjuntar a la declaración de renta, la prueba señalada en la norma citada.–

Como la sociedad no aportó con la declaración de renta los correspondientes recibos de consignación, la Administración estaba en todo su derecho al proponer la glosa como lo hizo desde el requerimiento especial, sin que esta actuación fuera violatoria del artículo 33 de la Ley 52 de 1977; por el contrario, la presunción de veracidad de la declaración de renta, tiene vigencia, siempre y cuando no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.–

Encontrándose condicionado el reconocimiento de los costos sujetos a retención a la comprobación de la misma, mediante la presentación de los correspondientes recibos de consignación, que no fueron aportados en el caso *sub-examine* como anexo a la declaración, no era procedente considerar

ciertos los costos declarados, cuando se hizo caso omiso de la exigencia legal de carácter probatorio.—

En esta forma, a la sociedad actora le correspondía la carga de la prueba de la retención en la fuente para la viabilidad del reconocimiento de los costos por concepto de fletes.

Para demostrar que se había efectuado la retención en la fuente, la sociedad aportó en la etapa del recurso gubernativo, una relación anual consolidada de retenciones en la fuente y fotocopias de recibos de consignación de aquéllas, así como certificación contable para demostrar los costos realizados entre el 1o. de enero de 1983 y el 10 de agosto del mismo año, período en el cual no existía la obligación de hacer retención, teniendo en cuenta el Decreto 2026 de 1983.—

En cuanto a los realizados en el período dentro del cual aún no existía la obligación de retener, equivalentes a la suma de $237.492.094, la Administración no aceptó la certificación contable, que calificó de incompleta e insuficiente, porque no solamente no se detallaban las operaciones que se pretendían demostrar, sino que además, el libro mayor y balances, sobre el cual se basaba la certificación, fue registrado el día 12 de agosto de 1983, considerando entonces que las mismas, no prestan mérito probatorio en relación con las operaciones realizadas con anterioridad a esa fecha.

Ante la Jurisdicción, la sociedad aporta nuevamente certificación contable, esta vez detallando los comprobantes que se elaboraron en cada operación, el valor total cancelado, y discriminando los comprobantes externos que soportan los registros consistentes en planillas únicas de carga, documentos en original que también se aportan para mayor convencimiento, certificación contable desestimada por el *A-quo*, porque en su concepto debió probarse el registro de los libros de conformidad con lo estatuido por el artículo 30 del Código de Comercio, por lo que la actora en esta etapa procesal presenta certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá en la cual se hace constar el correspondiente registro de los libros diario, mayor y balances e inventarios, el día 12 de agosto de 1983.

Si bien es cierto que los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba suficiente, su valor probatorio está determinado por el cumplimiento de las exigencias legales, es decir, que se lleven de conformidad con los requerimientos de la misma ley, como lo disponen los artículos 32 del Decreto 3803 de 1982 y 40 del Decreto 2821 de 1974, exigiendo entre otros requisitos estar registrados en la Cámara de Comercio.

Para la Sala, la certificación contable en referencia, tal como lo consideró el *A-quo*, no constituye prueba suficiente, pero no por la razón que aduce, sino por que demostrado como está que el registro de los libros de

contabilidad se verificó el día 12 de agosto de 1983, los mismos tienen validez probatoria solamente a partir de esa fecha, y como los fletes que se pretenden probar se realizaron antes del registro (1o. de enero al 10 de agosto) es claro, que la certificación sobre dichos registros carece de valor probatorio por cuanto se fundamentó en libros que carecían del correspondiente registro, irregularidad que invalida la prueba contable.

No obstante lo anterior, y como es evidente, que la obligación de efectuar retención en la fuente por concepto de servicios de transporte de carga se estableció con la expedición del Decreto 2026 del 15 de julio de 1983, cuya promulgación fue el 11 de agosto del mismo año, es claro que sobre los pagos efectuados con anterioridad a este decreto, no existía obligación de efectuar retención en la fuente, la Sala considera, que con fundamento en las planillas únicas de carga aportadas a la Jurisdicción en original (formato diseñado por el Intra) en donde se puede constatar la *fecha de causación del gasto*, el valor del flete, nombre de la empresa que expide la planilla, etc., debe reconocerse la suma pagada con anterioridad al decreto en referencia, la cual asciende a la suma de $237.482,094.

Ahora bien, en cuanto a la partida de $31.210.810, sujeta a retención en la fuente, cuya glosa se originó porque "al cotejar las relaciones anuales de retención en la fuente, con la relación de pagos a terceros por concepto de fletes solicitados como deducción en la declaración de renta y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 4o. del Decreto 080 de 1984, se puede establecer que sobre algunas cuantías se efectuó por concepto de servicios y que no fueron solicitadas en el rubro "fletes pagados".

De conformidad con el numeral 4o. del artículo 4o. del Decreto 080 de 1984, para el año gravable de 1983, los contribuyentes estaban obligados a discriminar en los anexos de la correspondiente declaración de renta (entre otros) a los beneficiarios de los pagos o abonos en cuenta constitutivos de costos o deducción cuya cuantía individual sobrepasara los $73.000.oo.

Es decir, que en el caso en *litis*, los fletes solicitados como costo, en la suma de $462.583.494, además de la exigencia anterior, debían cumplir con la retención en la fuente salvo la partida del punto anterior, que se causó antes de entrar en vigencia la ley que la determinó.

Al observar el anexo Nro. 3 páginas 28 al 70, de la declaración de renta, se observa que la sociedad discriminó los pagos por concepto de fletes en cuantía que asciende a la suma de $330.628.015 y no discriminó la cantidad de $131.955.210, que llevó al renglón 7 como "pagos menores". Ello explica, por que no todas las partidas de la relación consolidada de retención en la fuente no se encuentran dentro de la discriminación de pagos a terceros por fletes, y en consecuencia, desvirtúa la glosa, si se tiene en cuenta además, que la relación de retenciones en la fuente demuestra que la misma se verificó

sobre la suma de $225.101.480, que corresponde a los fletes pagados a partir de la vigencia del Decreto 2026 de 1983, que consagró la obligación de retención sobre los pagos por concepto de servicios entre otros, y que en el caso en *litis*, corresponde a los únicos servicios solicitados como costos al renglón 204 de la declaración, por concepto de fletes.

En consecuencia, en este punto la Sala también se aparta de lo resuelto por el *A-quo*, por cuanto la *litis* no está en el concepto de la retención, sino en el hecho de que algunas sumas de las relacionadas de retención no se encontraron en la relación de pagos a terceros, circunstancia que podía aclararse del análisis de los correspondientes anexos y exigencias legales, tal como se estableció anteriormente.

2) Aportes, en cuantía de $11.279.oo del I.C.B.F.

La Administración desestimó esta partida correspondiente a aportes en la ciudad de Cartagena, por cuanto los comprobantes de consignación aportados en fotocopias autenticadas era ilegibles, no siendo posible determinar la oportunidad del pago.

Ante la Jurisdicción la actora aportó, el certificado de paz y salvo Nro. 86687 de fecha 25 de julio de 1988, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acreditando el pago discutido y originales de los recibos de consignación (folios 173 y siguientes del cuaderno principal), documentos que tuvo en cuenta el *A-quo* para reconocer dichos gastos.

Para la Sala, estas demostraciones son válidas para la procedencia de la deducción tal como lo decidió el Tribunal, con ellas se determina claramente no solamente la veracidad del pago, sino también la oportunidad requerida por la ley, para su viabilidad como deducción; por consiguiente, no le asiste razón al apoderado de la entidad demandada en sus alegaciones, habida cuenta que la actora demostró ante la Jurisdicción plenamente el derecho que le asiste en la deducción en litigio.

3) Salarios, en cuantía de $782.000,oo.

El Tribunal accedió al reconocimiento de esta deducción, acogiendo lo aducido por la parte actora, en el sentido de que la liquidación de revisión y la resolución que decidió el recurso, ampliaron la razón de la glosa inicialmente señalada en el requerimiento especial, hecho que objeta la entidad demandada, porque en concepto de su apoderado el requerimiento especial sí hace referencia a todos los aportes parafiscales para glosar los salarios.

En la hoja Nro. 2 del requerimiento especial, se lee textualmente lo siguiente: "Los salarios y demás pagos laborales se limitarán a lo aportado al

Sena Parágrafo artículo 55 del Decreto 2053 de 1974; Artículo 62 del Decreto 187 de 1975, artículo 16 numeral 17 del Decreto 80 de 1984".

Es evidente que la razón del rechazo de la deducción por salarios y demás pagos laborales, fue por falta de aportes al sena, y si bien el requerimiento especial en el punto anterior propone glosa a los aportes con el I.S.S., I.C.B.F., y Sena, la misma solamente se refiere a la deducción de los aportes y no de los salarios como erróneamente lo planteó la liquidación de revisión, la resolución del recurso y en la misma forma el apoderado que defiende los intereses de la Nación ante la jurisdicción.

Así las cosas, y como los aportes con el Sena, se encuentran probados en proceso, tal como lo reconoce la misma Administración en la resolución que decidió el recurso, el reconocimiento de la deducción por salarios se impone sin lugar a dudas. No se practica distribución a socios, porque la renta gravable determinada es la misma de la liquidación privada en donde se determinaron los impuestos con base en la renta presuntiva.

En consecuencia, es procedente practicar nueva liquidación del impuestos, teniendo en cuenta que en esta etapa procesal se reconocieron costos.

RENTA

La gravada en la resolución No. A-000443-P del 17 de julio de 1988		$273.121.660	
Menos: Costos aceptados	$268.692.904		
Deducciones aceptadas (aportes y salarios)	$ 793.279	$269.486.183	
Renta gravable		$ 3.635.477	
Renta presuntiva según liquidación privada		$ 7.570.746	$1.362.734
Más: sanción por no identificar ingresos (no discutida)			$ 85.312
TOTAL A CARGO:			$1.448.046

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

FALLA:

1o.– Revócase la sentencia del 21 de mayo de 1990, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación, y, en su

lugar anúlase la operación administrativa integrada por los siguientes actos administrativos: Liquidación de Revisión Nro. 000620 del 25 de julio de 1986 y la Resolución Nro. A-000443-P del 17 de junio de 1988, por medio de los cuales se le determinaron los impuestos de renta y sanciones a cargo de la sociedad Rápido Humadea Ltda., por la anualidad tributaria de 1983.

2o.– Fíjase en la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE. ($1.448.046.oo) el valor de los impuestos y sanciones a cargo de la sociedad en mención correspondiente a la vigencia fiscal de 1983.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala, – Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO/LIQUIDACION OFICIAL/RECURSOS/SILENCIO ADMINISTRATIVO PROCESAL

El Decreto 2503 de 1987 fijó una misma regulación en materia de recursos y de silencio administrativo para liquidaciones oficiales y para resoluciones que impongan sanciones en relación con impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, con lo cual amplió a los recursos contra estas resoluciones, el beneficio del silencio administrativo positivo que antes sólo cobijaba a los recursos contra liquidaciones oficiales del impuesto sobre la renta. Esto indica que el Decreto 2503 de 1987 amplió el beneficio del silencio administrativo positivo a recursos que antes no lo tenían, pero siempre que cumplieran ciertas condiciones temporales.

NOTIFICACION POR EDICTO/NOTIFICACION POSTAL–Inexistencia/**CITACION**

La notificación de las providencias que decidan recursos, se hará en principio en forma personal, o subsidiariamente por edicto, si el interesado no compadece dentro del término de diez (10) días siguientes a la fecha de introducción al correo de la respectiva citación. Debe aclararse que el envío al correo de la citación no puede entenderse como una notificación por correo, como sí acontece con los requerimientos, autos que ordenen citaciones, traslados de cargos, etc. El plazo que tiene el interesado para comparecer es de diez (10) días los cuales, se deben contar a partir del día hábil siguiente a la fecha de introducción al correo de la citación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3767. Actor: Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. Apelación de la sentencia del 17 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sanción por libros, período gravable de 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación, contra sentencia del 17 de mayo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A., Nit. 60.005.229, contra los actos administrativos por los cuales se impuso una sanción por atraso en libros.

ANTECEDENTES:

1o.– EL ACTO SANCIONATORIO: La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante Resolución No. 040040 del 23 de mayo de 1985, impuso a la sociedad actora, sanción por atraso en libros de contabilidad por el período gravable de 1984, en la suma de cincuenta y un millones ochocientos cuarenta y ocho mil novecientos siete pesos ($51.848.907.00), con fundamento en el acta de inspección contable del 26 de octubre de 1984 (fl. 21), practicada a dicha sociedad.

2o.– LA VIA GUBERNATIVA: La Administración, mediante resoluciones Nos. 001057 de 20 de octubre de 1986 y 051 de 02 de diciembre de 1988, confirmó el acto anterior, al decidir los recursos de reposición y apelación interpuestos (fls. 27 y 37).

3o.– LA DEMANDA: La sociedad actora, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos mencionados, argumentando:

a) Nulidad del acto administrativo que agotó la vía gubernativa, por no haberse notificado en debida forma, al tenor del art. 77 inc. 2o. del decreto 2503/87, por lo que no puede surtir efectos legales dicha notificación (art. 48 C.C.A.), y por consiguiente se ha producido el silencio administrativo positivo, de acuerdo con el art. 83 del decreto 2503/87 (fls. 4 y s.s.).

b) Subsidiariamente, ilegalidad de la sanción, dado que no se dio traslado al contribuyente del acta de inspección contable, como lo exige el art. 91 decreto 1631 de 1961, vigente entonces (fls. 7 y ss.).

4o.– LA SENTENCIA APELADA: El Tribunal en la providencia recurrida, accedió a las pretensiones de la demanda, por estimar que efectivamen-

te ha operado el silencio administrativo positivo, dado que la resolución 051/88 fue notificada inadecuadamente (fl. 131 y ss.).

5o.– LA APELACION: La Dirección de Impuestos Nacionales interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, aduciendo:

a) Que sí fue notificada en debida forma la resolución 051/88, a la luz de la correcta interpretación del art. 77 inc. 2o. del decreto 2503/87 (fls. 136 y 166).

b) Que no es "aplicable el silencio administrativo positivo del art. 83 del decreto 2503 de 1987, pues esta norma es especial y aplicable solamente cuando se utiliza el procedimiento fiscal que contempla únicamente los recursos de reconsideración o reposición, tal como lo establece el art. 80 ibídem., y debe ser declarado expresamente por la Administración, por lo tanto no es procedente al caso de estudio, que como bien se nota estuvo sometido al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, al interponerse subsidiariamente el recurso de apelación, no siendo procedente invocarse la norma antes enunciada" (fl. 168).

6o.– EL CONCEPTO FISCAL: La Fiscalía Sexta de la Corporación, representada por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, auspicia la confirmación de la sentencia apelada por estimar de un lado, que asiste la razón al *a-quo* en cuanto a que la resolución No. 51/88 se notificó irregularmente, y de otro "acogiendo la tesis sostenida hasta hoy por la Sección Cuarta del Consejo de Estado" (fl. 178), en cuanto a que el silencio administrativo positivo se aplica a todas las decisiones que resuelvan recursos interpuestos ante la administración de Impuestos Nacionales, pero manifestando sus reservas en cuanto a ello, en el sentido de si el silencio administrativo "se aplica a todos los recursos interpuestos ante la Administración de Impuestos al discutir cualquier tema o acto administrativo, puesto que el texto del artículo 83 establece el término de un (1) año para que la Administración de Impuestos resuelva los recursos de reconsideración o reposición" contra las liquidaciones oficiales y resoluciones que impongan sanciones en relación con los impuestos administrados por "La Dirección General de Impuestos Nacionales" (fl. 177).

CONSIDERACIONES

1.– El silencio administrativo.

a) Se debe establecer primero, si es dable o no, declarar la operancia del silencio administrativo positivo impetrado por la actora, de modo que una eventual notificación irregular pueda tener el efecto indicado en la demanda, de permitir la ocurrencia del acto administrativo presunto que acepte los planteamientos y peticiones del recurso en la vía gubernativa.

b) El silencio administrativo positivo fue introducido por la Ley 63/67, art. 36, respecto de las decisiones de reclamaciones (recursos) tributarias relativas a liquidaciones oficiales, impuesto de renta y complementarios y sus recargos y sanciones, todas las cuales se adoptaban en un solo acto administrativo, según mandato del art. 41 del decreto 1651 de 1961; los términos establecidos en la ley 63/67, fueron reducidos a dos (2) años por el art. 9 de la ley 8 de 1970.

Por su parte, el art. 33 del decreto 3803/82, señaló que dicho término comenzaba a correr a partir de la fecha de interposición del recurso en debida forma.

c) Como quiera que sólo hasta la expedición del decreto 3803/82, se dispuso la posibilidad de imponer en resolución independiente de la liquidación oficial, sanciones diferentes a la de inexactitud (art. 19), entre ellas (por autorización además expresa), la sanción por libros (art. 58), hasta ese momento, el silencio administrativo positivo, respecto de recursos contra las sanciones, operaba en el término establecido para la misma liquidación, pero a partir de dicha fecha, para las resoluciones independientes en que se imponía la respectiva sanción por no existir norma expresa que regulare el asunto, se aplicaba en materia de recursos y de silencio administrativo el régimen común, es decir, el del Código Contencioso Administrativo (hasta el 1o. de marzo de 1984, el decreto 2773/59, arts. 13 a 18 y a partir de dicha fecha, los arts. 49 a 55 y 60 del C.C.A., adoptado por el Decreto 01/84).

d) Ahora bien, el decreto 2503 del 29 de diciembre de 1987, fijó una misma regulación en materia de recursos y de silencio administrativo para liquidaciones oficiales y para resoluciones que impongan sanciones en relación con impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, (art. 80 a 82 y 83, incorporados a los arts. 720, 722, 724, 728, 732 y 734 del Estatuto Tributario), con lo cual amplió a los recursos contra estas resoluciones, el beneficio del silencio administrativo positivo, que antes sólo cobijaba a los recursos contra liquidaciones oficiales de impuesto sobre la renta.

e) Dispuso el decreto 2503 de 1987, art. 83 parágrafo, en materia de derecho transitorio, que para los recursos interpuestos con anterioridad a la vigencia de dicho decreto, el término empezará a correr a partir del primero de enero de 1988, salvo cuando el término para resolver según normas anteriores venciere en 1988, caso en el cual, se aplicará este término.

f) Lo anterior indica que el decreto 2503/87, amplió el beneficio del silencio administrativo positivo a recursos que antes no lo tenían, pero siempre que cumplieran ciertas condiciones temporales. Al respecto sostuvo esta Corporación en providencia de 25 de octubre de 1991, expediente 3490, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate:

"En consecuencia, aunque el Decreto 2503 de 1987 extendió los efectos positivos del silencio de la Administración a los recursos contra resoluciones que antes no los tenían porque se tramitaban por las normas generales del Decreto 01 de 1984, es preciso tener en cuenta la fecha de presentación de tales recursos. A partir de la vigencia de dicho Decreto es un año, para los interpuestos con anterioridad, como el que aquí se resuelve, el año comenzó el 1o. de enero de 1988 o sea, que vencía el 1o. de enero de 1989".

g) En este orden de ideas, en relación con el recurso que es objeto de estudio, se observa que él se halla cobijado por el mencionado beneficio, pues:

– Fue interpuesto el 27 de junio de 1985, con anterioridad a la vigencia del decreto 2503/87, según obra a folio 003 de los antecedentes, marcador verde.

– A la fecha de expedición de dicho decreto, aún no había sido resuelto. La resolución 051 fue proferida el 2 de diciembre de 1988 (fl. 37).

– El término para resolver, a la luz de las normas anteriores (art. 60 C.C.A.) vencía dos (2) meses después de la interposición de los recursos, mucho antes de 1988, según la exigencia del par., art. 83 Decreto 2503/87, para mantener la aplicación del régimen anterior excluyendo la procedencia del silencio positivo.

– Por lo tanto el término de un año, para la operancia del silencio administrativo positivo en este evento, comenzó a correr el 1o. de enero de 1988 y vencía el 2o. de enero de 1989 (el primer día hábil después del 1o. de enero de 1989).

h) Pues bien, siendo ello así, procede estudiar, si la notificación de la resolución 051 del 2 de diciembre de 1988, fue efectuada en debida forma de modo que dicha decisión, pueda producir plenamente sus efectos, entre ellos, el haber implicado una decisión al recurso de apelación, antes del vencimiento del plazo para la ocurrencia del silencio administrativo positivo, excluyendo la operancia de dicho fenómeno, o no, y entonces sería acertada la decisión del *a-quo* de reconocerlo, dando prosperidad a las peticiones de la demanda.

2.– La notificación de la resolución 051/82.

a) La norma aplicable al evento que se estudia es el art. 77 del decreto 2503/87, el cual en la parte pertinente (inciso 2o.), dice:

"Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o decla-

rante, no compareciere dentro del término de diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación".

b) Esta norma consagra que la notificación de las providencias que decidan recursos, se hará en principio en forma personal, o subsidiariamente por edicto, si el interesado no comparece dentro del término de diez (10) días siguientes a la fecha de introducción al correo de la respectiva citación.

c) Debe aclararse que el envío al correo de la citación no puede entenderse como una notificación por correo, como si acontece con los requerimientos, autos que ordenen citaciones, traslados de cargos, etc., eventos señalados en el inciso primero de la susodicha norma. Trátase, este requisito, del simple envío de una citación, para que enterado el interesado, pueda notificarse personalmente, acercándose a la oficina de impuestos.

d) Pues bien, el plazo que tiene el interesado para comparecer es de diez (10) días los cuales se deben contar a partir del día hábil siguiente a la fecha de introducción al correo de la citación, pues claramente indica la norma que son "... los diez (10) días siguientes, ..." (subrayado fuera del texto), exigencia que difiere, de la existente hasta entonces, a la luz del Decreto 3803/82, art. 38 inc. 2o., el cual señalaba que dicho término se contaba "a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación", según lo acota pertinentemente la colaboradora fiscal (f. 176).

e) Siendo ello así, si el aviso de citación se introdujo el 2 de diciembre de 1988, a las 7:21 p.m., viernes (fl. 36), el término de diez (10) días empieza el día hábil siguiente, esto es el lunes 5 de diciembre de 1988 y termina el lunes 19 de diciembre de 1986 (excluyendo los días inhábiles 8, 10, 11, 17 y 18 de diciembre), con lo que el edicto debió fijarse el martes 20 de diciembre de 1988, procediendo la desfijación del mismo, el lunes 2 de enero de 1989, es decir diez (10) días hábiles (excluyendo los días inhábiles 24, 25, 31 de diciembre y 1o. de enero) siguientes al vencimiento del término para comparecer a notificarse personalmente (siguientes al 19 de diciembre), de acuerdo con lo estipulado por el art. 45 C.C.A., norma aplicable, por no existir regulación especial en relación con el término de fijación de edictos.

f) En este orden de ideas, como la Administración fijó el edicto el 19 de diciembre de 1988 y lo desfijó el 30 de diciembre de 1988 (fl. 41), corrió un día las fechas que tenía para ello, pues utilizó para el efecto, como no debía hacerlo, uno de los días que tenía la contribuyente para acercarse a notificarse personalmente (el 19 de diciembre de 1988), todo lo cual ocasiona necesariamente que no se haya surtido en debida forma la respectiva notificación, lo que genera el que la decisión por notificar (Res. 051/88), no pueda producir los efectos legales a que está llamada (art. 48 C.C.A.), siendo por ello nula según lo dispone el numeral 3o. art. 57 de la Ley 52/77.

g) Uno de esos efectos, que estaba llamado a producir, y que no produjo, era el de entenderse decidido en tiempo el recurso interpuesto contra la resolución que impuso la sanción (040040/85), a efectos de excluir la operancia del silencio administrativo positivo, pues precisamente tenía la Administración hasta el 2 de enero de 1989 para resolver el recurso, sin que se presentara la decisión presunta positiva, según se vio en el numeral 1o. supra, y que por lo tanto, al notificarse irregularmente, no se produjo en tiempo, operando consecuencialmente, a partir del día 2 de enero de 1989, el silencio administrativo positivo.

3.– Tratándose de esta, precisamente la posición adoptada por el Tribunal, y no hallándose la razón a la apelante, para desvirtuar la providencia impugnada, debe ésta confirmarse, como efectivamente se hará.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 17 de mayo de 1991, proferida en el proceso No. 6953, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda.

Reconócese personería a la doctora María Cristina Ramírez Londoño (f. 158).

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala – Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

NOTIFICACION POSTAL/RESTITUCION DE TERMINOS/LIQUIDACION PRIVADA—Firmeza

Si bien es cierto la notificación de la liquidación de revisión, se entiende surtida en la fecha de introducción al correo, también lo es que por ser esta una presunción *"Juris tantum"* o simplemente legal, admite prueba en contrario. En el *sub-lite* si bien es cierto que la Administración cumplió en principio, con la obligación de introducir al correo la liquidación dirigida a la dirección correcta, en realidad no se cumplió la diligencia de notificación por haber sido devuelto por el correo. Además cuando la sociedad se acogió al procedimiento de restitución de términos la Administración guardó silencio y prolongó injustificada e indebidamente el pronunciamiento. De lo expuesto resulta que por haber transcurrido más de dos años quedó en firme la liquidación privada por el año gravable en discusión.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3735. Actor: Corporación Financiera Internacional S.A. C/ La Nación. Impuesto (Renta) —Fallo—.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 5 de abril de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la CORPORACION FINANCIERA INTERNACIO-

NAL S.A., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta y complementarios por el período gravable de 1980.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previo requerimiento ordinario, inspección practicada a los libros de contabilidad, cuyos resultados quedaron plasmados en el Acta de fecha 17 de enero de 1983 y requerimiento especial No. 131 de marzo 28 del mismo año, la Administración de Impuestos de Bogotá, practicó la liquidación oficial No. 101627 del 15 de julio del año citado.

De las deducciones propuestas rechazó la suma de $25.018.225 solicitada por concepto de descuentos en venta de cartera e intereses de cartera vendida, porque la contribuyente no efectuó retención sobre intereses pagados o abonados en cuenta de los cuales tratan los artículos 31 de la Ley 20 de 1979; 1.2.5 y 10 del Decreto Reglamentario 1240 de 1979 en concordancia con el artículo 3o. de la Ley 38 de 1969; la partida de $20.611.777 por intereses pagados a otras personas y entidades y las comisiones pagadas al Banco de la República por valor de $692.917 por no conprobarlas plenamente al tenor de lo dispuesto por los artículos 64 literal c) del Decreto 1651 de 1961, artículo 34 de la Ley 52 de 1977, artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y artículo 98 de la Ley 9a. de 1983.

Contra la actuación oficial la sociedad interpuso recurso de reconsideración en memorial radicado el 7 de septiembre de 1987, aceptando estar notificado del acto liquidatorio por conducta concluyente, de acuerdo con el artículo 48 del C.C.A., armónico con el artículo 330 del C.P.C., como quiera que hasta aquella fecha no lo había recibido. Recurso que fue inadmitido por Auto No. 541 de septiembre 29 del mismo año, confirmado por el Auto No. 613 del 30 de octubre de igual vigencia.

En demanda presentada ante la jurisdicción el 18 de diciembre de 1987, el apoderado judicial solicita:

Que se declara la nulidad de los actos administrativos en cita, se restablezca en su derecho a su representada y se declare en firme la liquidación privada presentada con la declaración de renta correspondiente al año 1980. Pide igualmente se cuente el término señalado en el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A., a partir del 12 de noviembre de 1987, fecha en la cual se notificó en forma personal el Auto No. 613-P del 30 de octubre de 1987 que confirmó el Auto No. 54 HP de septiembre 29 de 1987, que inadmitió el recurso de reconsideración instaurado por el año gravable 1980.

Apoya sus pretensiones primero en vicios procedimentales incurridos en la notificación de la liquidación de revisión y después en el rechazo ilegal de varias de las deducciones solicitadas.

La sociedad dice en síntesis, presentó la declaración de renta 1980, en la que radicó como dirección la Carrera 7a. No. 34-50 de Bogotá, el 15 de abril de 1981 y la liquidación de revisión le fue entregada "aproximadamente el 8 de julio de 1987, cuando para entonces ya había precluido el término que tenía la Administración para modificar la liquidación privada".

Argumenta que, como en la citada fecha fue la División de Documentación la que le hizo la entrega, porque la enviada por correo había sido devuelta por la Administración Postal el 18 de julio de 1983, según se constató en los artchivos de la misma, el 27 de agosto del mismo año solicitó por escrito al Jefe de la División surtiera la notificación legal (Artículo 99 Ley 9a./83) y como éste no se pronunciara, el 7 de septiembre del mismo año, interpuso el recurso de reconsideración dándose por enterada de aquélla por conducta concluyente, de donde resulta que el acto liquidatorio quedó extemporáneamente notificado, razón por la cual está en firme la liquidación privada.

De otra parte, controvierte la legalidad de las deducciones porque: confundió los intereses con los descuentos por venta de cartera realmente solicitados; aplicó al año gravable 1980, el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, estatuto promulgado con posterioridad a 1982; rechazó por falta de retención intereses pagados a entidades excluidas de esta obligación; desestimó dolosamente algunas de las deducciones y por falta de necesidad y proporcionalidad las comisiones pagadas al Banco de la República, cuando es cierto que aquéllas además de estar íntimamente relacionadas con los ingresos declarados, son razonables dentro de la actividad que desarrolla la Corporación.

Citó como disposiciones violadas las siguientes:

– Artículo 48 del Código Contencioso Administrativo.

– Artículos 38, 39 y 40 del Decreto 3803 de 1982.

– Artículo 330 del Código de Procedimiento Civil.

– Numeral 3o. del artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

– Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983.

– Artículo 31 de la Ley 20 de 1979.

– Artículo 62 del Decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA APELADA.

Fundamentándose en un fallo proferido por esta Corporación en un caso similar al que se ventila en esta oportunidad, cuyos apartes se transcri-

ben en la sentencia apelada, para el *a-quo* es claro que, la Liquidación de Revisión No. 101627 se notificó por conducta concluyente el 7 de septiembre de 1987, fecha en la cual se interpuso el recurso de reconsideración contra aquélla y siendo así, dice la liquidación privada quedó en firme como quiera que ya habían transcurrido más de dos años desde la presentación de la liquidación privada, el 15 de enero (sic) de 1981, y por ende decretó la nulidad que fue invocada por la sociedad.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos, disiente de la sentencia apelada y la critica porque al contrario de lo que opina el *a-quo*, la Administración Tributaria no estaba obligada a "repetir el envío de la notificación"

Si "la Administración, dice, cumplió con el envío a la dirección correcta y dentro del término legal, que para tal efecto ordena la legislación fiscal" no se puede según su entender, invalidar un acto por el hecho de que su destinatario no lo reciba o se niegue a hacerlo, puesto que en tal caso lo pertinente es cuestionar a las oficinas de correo por negligencia en la entrega de documentos, circunstancia que es ajena a la Administración de Impuestos.

Pide se revoque la sentencia objeto de instancia y se mantenga la actuación de la oficina de impuestos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El Fiscal Tercero de la Corporación doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se disponga que no es procedente un pronunciamiento de fondo, por no haberse agotado en debida forma la vía gubernativa.

Con apoyo en los artículos 39 inciso 1o. y 40 del Decreto 3803 de 1982, afirma que la Administración de Impuestos surtió en debida forma, la notificación de la liquidación oficial, puesto que la envió por correo a la dirección que la sociedad informó en su declaración de renta y ratificó posteriormente en la respuesta al requerimiento especial.

Insiste en el concepto rendido por la Fiscalía en el Expediente 2408, actor: Financiera Santa Fe S.A., en donde en un tema similar al que se cuestiona entre varios razonamientos, dijo:

> "Para efectos del envío por correo de determinadas providencias administrativas, existen dos etapas o momentos que deben tenerse en cuenta: uno es el momento en que la Administración entrega o introduce en el correo el acto de que se trata y otro es el momento en que la oficina de correos le entrega al destinatario dicho acto. La ley ha podido dis-

poner que, en estos casos, debe tomarse como fecha de notificación la del día en que el destinatario, o contribuyente recibe el acto, pero ocurre que la ley (concretamente, el Art. 39 del Decreto 3803 de 1982), acogió la otra alternativa y dispuso que la fecha de notificación es la del día en que la Administración de Impuestos entrega en el correo la liquidación".

Apartándose entonces del planteamiento expuesto por esta Corporación en sentencia del 27 de abril de 1990, considera que en este caso específico no se ha desvirtuado la presunción, toda vez que tanto la Administración de Impuestos como la Postal cumplieron con su obligación. La primera enviando la liquidación a la dirección informada por la empresa y depositándola en la oficina de correos y la segunda, llevándola a la dirección registrada; que bien distinto es a que los empleados de la empresa o quienes allí estaban se negaran a recibirla, circunstancia que no es atribuible ni a una ni a otra Administración, sino a la propia sociedad, para concluir que si la notificación se efectuó el 18 de julio de 1983, resulta claro que el recurso de reconsideración interpuesto contra ella es extemporáneo y por ende no hubo agotamiento de la vía gubernativa.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

Reiteradamente la Sala se ha pronunciado sobre la eficacia de la notificación que efectúa por correo la Administración Postal. Además de la sentencia proferida en el Expediente No. 2048 de abril 27 de 1990 a Financiera Santa Fe (Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos) que se transcribe en la sentencia apelada y que cita el Ministerio Público, también pueden anotarse entre otras las dictadas en los expedientes Nos. 2505 y 3009 de junio 8 de 1990 y enero 21 de 1991 a los actores: Guillermo Paredes Quiñonez y Petroleum Helicopters de Colombia S.A. (Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano) y la correspondiente al expediente No. 3456 de septiembre 13 de 1991 dictada a la Sociedad Promociones Ulises Ltda.

Ha sostenido la Sala que si bien es cierto la notificación de la liquidación de revisión, en los términos del artículo 39 del Decreto 3803 de 1982, se entiende surtida en la fecha de introducción al correo, también lo es que por ser esta una presunción *"Juris tantum"* o simplemente legal, admite prueba en contrario.

Dentro de los antecedentes administrativos allegados al proceso, está comprobado que en el denuncio rentístico 1980, radicado con el No. 1292 de abril 15/81, el contribuyente informó como dirección fiscal para notificaciones y requerimientos la Carrera 7a. No. 34-50 de Bogotá, dirección que ratificó al dar respuesta al requerimiento especial (fl. 280 marcador verde antecedentes administrativos).

También lo está que la liquidación de revisión fue dirigida a la dirección informada e introducida por correo, pero que la Administración Postal le devolvió el 18 de julio de 1983, con un sello preimpreso en donde se anotó "no reside", tal como puede constatarse en el folio 906 marcador rojo, de los antecedentes administrativos.

Según el apoderado, la sociedad contribuyente sólo vino a notificarse del acto liquidatorio, el 8 de julio de 1987, cuando la Oficina de Documentación se le entregó, pero actuando conforme a lo prescrito por el art. 98 de la Ley 9a. de 1983, formuló inmediatamente el 27 de agosto una solicitud de restitución de términos, pero al no recibir respuesta interpuso el recurso de reconsideración dándose por notificado por conducta concluyente, no obstante lo cual la Administración inadmitió dicho recurso (Auto 541 de septiembre 29/87) lo que confirmó mediante Auto No. 613 de octubre 30 de 1987.

Interpuesta la demanda (diciembre 18/87) con alegato sobre este tema, en el capítulo sobre "oportunidad" el Tribunal la admitió el 5 de febrero de 1988 exactamente el mismo día en que la Administración daba respuesta negativa a la solicitud de restitución de términos, presentada desde el 27 de agosto del año anterior (Res. 35007 - fl. 329).

De los antecedentes relatados, para la Sala resultan claros los siguientes hechos: que si bien es cierto que la Administración cumplió, en principio, con la obligación de introducir al Correo la liquidación dirigida a la dirección correcta, en realidad no se cumplió la diligencia de notificación por haber sido devuelto por el Correo a los tres días (de julio 15 a julio 18/83) el respectivo sobre con anotación de "no reside". La Administración ni repitió el envío, ni adelantó ninguna diligencia para lograr la notificación.

Mediando la plena prueba de que la notificación no se surtió (sobre original devuelto por el correo) cuando la sociedad se acogió al procedimiento de restitución de términos (Ley 9a./83, art. 99) guardó silencio y prolongó injustificada e indebidamente el respectivo pronunciamiento (hasta febrero 5/88).

Para la Sala estas dos circunstancias plenamente acreditadas en el expediente demuestran el proceder ilegal de la Administración tanto la de Impuestos como la Postal, lo que conduce a aceptar como fecha de notificación la del 27 de agosto de 1987 por "conducta concluyente".

De lo anteriormente expuesto resulta que por haber transcurrido más de dos años quedó en firme la liquidación privada por el año gravable de 1980 que presentó la Compañía recurrente en abril de 1981 y por ende nula la liquidación de revisión que por el mismo ejercicio fiscal se practicó, llegando así a la misma conclusión a que llegó el Tribunal en el fallo apelado.

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 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de abril de 1991, en el juicio No. 6.021.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala – Ausente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD/DECLARACION TRIBUTARIA–Presentación/PAGO PREVIO–Improcedencia

Si bien es cierto que el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 no derogó expresamente el artículo 43 del Decreto 3803 de 1982, que regulaba la liquidación y pago de la sanción por extemporaneidad, sí lo modificó en cuanto al momento del pago de la pena, como quiera que aquel derogó la obligación de acompañar a la declaración la prueba del pago previo de aquella cuando ésta resultara extemporánea. Además de los artículos del Decreto 2503 de 1987, que tratan sobre el contenido de las declaraciones tributarias, ni del artículo 36 que reguló nuevamente la forma de liquidar la sanción por extemporaneidad, ni menos aún del artículo 14 que establece cuáles declaraciones se tienen por no presentadas, surge como requisito esencial que para percibir los formularios oficiales se acredite el pago de la sanción por extemporaneidad cuando ésta se ha causado.

NULIDAD PROCESAL–Inexistencia/IMPEDIMENTO/QUORUM DECISORIO

El Tribunal al admitir el impedimento presentado ha debido proceder a nombrar un Conjuez para que la reemplazara y no lo hizo incurriendo así en una conducta censurable. Pero, jurídicamente no implica nulidad de lo actuado o inexistencia del fallo, porque no está incluida dentro de las causales de nulidad consagradas por el artículo 140 del C. de P.C. (aplicable por remisión del artículo 165 del C.C.A.) y porque la sentencia fue aprobada por el quorum que para el efecto exige el artículo 100 del C.C.A. La nulidad cabría si la decisión no hubiera sido adoptada por los tres Magistrados, esto es con salvamento de voto en uno.

PERJUICIOS MORALES–Improcedencia/**PERSONA JURIDICA** .

No puede decretar la jurisdicción el resarcimiento de perjuicios morales y en la cuantía que lo solicita la compañía demandante, porque éstos solo los sufren las personas naturales que en sentido jurídico técnico son las únicas que pueden experimentar dolor por el daño moral que se les cause.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3626. Actor: Compañía Frigorífica del Cauca "Cofrial". Impuesto Renta –Fallo–.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Administrador de Impuestos Nacionales de Popayán, contra la sentencia del 25 de abril de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la COMPAÑIA FRIGORIFICA DEL CAUCA "COFRIAL", contra los actos administrativos que impusieron una sanción por no declarar por los años gravables 1983, 1984 y 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección practicada a los libros de contabilidad de la firma reclamante, cuyos resultados quedaron plasmados, primero, en el Acta de fecha marzo 28 de 1988 y después en la de junio 9 del mismo año, la Administración de Impuestos Nacionales de Popayán, constató que la compañía no presentó las declaraciones de renta por los períodos gravables, 1983, 1984 y 1986, estando obligada a hacerlo.

Emplazada para que cumpliera con el deber formal, con Oficio A.E. 165 de abril 22 de 1988, aquélla no las presentó dentro del término perentorio de un mes, como lo ordena el Artículo 55 del Decreto 2503 de 1987, persistiendo en su omisión. Vencido el término legal, la Sección de Liquidación aplicó sanción por no declarar por los años 1983, 1984 y 1986, a través de las Resoluciones números 001, 002 y 003 de junio 9 las dos primeras y junio 15 la última, todas de 1988, teniendo en cuenta el procedimiento previsto por el Artículo 56 del citado Decreto 2503 de 1987.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra tales actos administrativos, la Administración de Impuestos, previa acumulación de los expe-

dientes decretada por Resolución 002 de enero 11 de 1989, confirmó la sanción impuesta por cada uno de los períodos fiscales, por la Resolución 001 del mismo mes y año que la anterior.

Aunque no se puede desconocer , dice el fallador, "la intención de la compañía de cumplir con la obligación de declarar por los años 1983, 1984 y 1986, no se puede decidir que lo ha efectuado legalmente ya que no se han cancelado las sanciones por extemporaneidad correspondientes, ni se han presentado ante la Oficina competente tales declaraciones para ser selladas.

Ante la jurisdicción el Gerente y Representante Legal de la compañía, que también es Abogado, pide se declaren nulas las Resoluciones números 001 y 002 de junio 9 de 1988, 003 de junio 15 del mismo año y 001 de enero 11 de 1989 y a título de perjuicios morales demanda la cantidad de $1.000.000.

Sostiene en síntesis el demandante que, por la situación económica que atravesaba la empresa, como quiera que para entonces, por petición del Banco Ganadero, la Superintendencia de Sociedades le aceptó el trámite de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores, hecho agravado por los efectos del sismo acaecido en la ciudad de Popayán el 31 de marzo de 1983, que la llevaron a liquidar a todo su personal y a paralizar totalmente la actividad de la empresa, no pudo presentar las declaraciones de renta por 1983, 1984 y 1986, dentro de los plazos legales, ésto es, el 9 de mayo de 1984, el 29 de abril de 1985 y el 6 de mayo de 1987, fechas que fueron las que debió tener en cuenta la Administración para imponer la sanción.

No obstante, ante el requerimiento de las Oficinas de Impuestos para que lo hiciera (Oficio A.E-165 del 22 de abril/88) presentó las declaraciones de 1983, 1984 y 1986, ante el Banco del Estado, entidad que no las recibió por no estar acreditado el pago de la sanción por extemporaneidad. Esta situación orignó la necesidad de elevar una consulta al Administrador de Impuestos, a la que acompañó las declaraciones respectivas, a fin de que aquel funcionario indicara el procedimiento a seguir para el cabal cumplimiento de la obligación fiscal. La consulta sólo fue contestada por el Oficio A-1645 del 5 de octubre de 1988 con la cual se remitió fotocopia del Acta de coordinación No. 13 del 26 de septiembre del mismo año y en donde se concluyó que la sanción por extemporaneidad necesariamente debía ser liquidada y pagada previamente a la presentación de la declaración.

No está de acuerdo tampoco el reclamante, con el monto de las sanciones que por la no presentación de las declaraciones se impuso porque en las Resoluciones 001 y 002 se tomaron como base para su cuantificación, los ingresos brutos de la declaración de renta 1982 y en la 003 los ingresos

brutos denunciados en 1985 como última declaración presentada, sin tener en cuenta que la sociedad sí presentó las declaraciones de renta 1985 y 1987 dentro de los términos legales, de donde resulta que para la época en que se dictaron las Resoluciones 001, 002 y 003 junio de 1988, la última declaración presentada era la correspondiente al año 1987 y en el peor de los casos la pertinente a 1985.

De otra parte arguye que, o bien el Banco del Estado o, cualquier otra entidad bancaria o, la Administración de Impuestos debieron recibir las declaraciones (como en efecto dice, lo hizo esta última), sin exigir el pago de la extemporaneidad porque, no es éste un requisito legal que lo condicione, mas si se tiene en cuenta que la correspondiente a 1986 no daba lugar a esta sanción porque el impuesto fijado en la liquidación privada era igual a cero, no existían ingresos brutos por el período y el patrimonio líquido gravable era negativo.

Citó como disposiciones violadas los Artículos 2o. y 38 del C.C.A.; Artículo 4o., 55 incisos 2o. y 3o., 56 numeral 1o. del Decreto 2503 de 1987, según su entender, en síntesis por las siguientes consideraciones:

Los Funcionarios de Impuestos al proferir los actos administrativos en cita, contravinieron normas generales del derecho contenidas en el Código Contencioso Administrativo y en el Decreto 2503 de 1987. Desconocieron que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, porque cuando se expidieron las Resoluciones 001 y 002 de junio 9 de 1988 y se notificaron al Representante Legal ya habían transcurrido más de tres años de producido el acto que pudo ocasionarlas.

Esto es, había caducado la facultad que tenían aquéllos para imponer la sanción.

Sostiene además la reclamante que las tres primeras Resoluciones fueron falsamente motivadas, como quiera que, no es cierto que no hubiera dado respuesta al Oficio que la emplazó para que presentara las declaraciones. Hizo, dice, todo lo que estuvo a su alcance para dar cumplimiento al Oficio AE-165 del 22 de abril de 1988, "como que elaboró las tres declaraciones de renta por los tres años indicados, las cuales se encuentran en poder de la Administración de Impuestos de Popayán, porque las remitió al formular la consulta sobre el procedimiento que debía utilizar para presentarlas".

También hay falsa motivación porque como antes se anotó, la Administración para calcular la sanción en las Resoluciones 001 y 002 partió de las bases de la declaración de renta 1982, sin tener en cuenta que la última presentada para la época era la correspondiente a 1985 y para junio de 1988 cuando se profirieron las correspondientes a los tres años, ya se había presentado la pertinente a 1987.

El Representante Legal de la firma considera también evidente la violación del Artículo 4o. del Decreto 2503 de 1987, porque la exigencia del pago previo de la sanción por extemporaneidad para la recepción de la declaración de renta, como lo establecía antes el numeral 8o. del Artículo 1o. del Decreto 3803 de 1982, quedó expresamente derogado por el Artículo 154 del mismo estatuto citado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 25 de abril de 1991 accedió a las peticiones de la demanda. Previa confrontación de los Artículos 43 del Decreto 3803 de 1982 y 36 del Decreto 2503 de 1987, así como del análisis de los Artículos 4o., 6o. y 8o. armónicos con el 154 Ibídem., anuló la operación administrativa impugnada, por improcedente la sanción que por no declarar por los años 1983, 1984 y 1986 aplicó la Administración.

El Artículo 43 del Estatuto inicialmente citado, relativo al momento del pago de la sanción por extemporaneidad, dice el *a-quo*, fue derogado tácitamente por el Decreto 2503 de 1987, que no previó tal exigencia, de donde colige que la Administración no podía establecer un requisito que la ley no prescribió para, impedir con su criterio jurídico que la empresa cumpliera con la exigencia de presentar las declaraciones de renta que, le formulara la Jefe de la Auditoría Externa.

Encuentra el Tribunal probado dentro del expediente que, la firma sí adelantó las gestiones tendientes a presentar los denuncios fiscales en cuestión y que precisamente no fueron recibidas por la carencia de pago de la sanción por extemporaneidad, hecho que no negó la Administración al contestar la demanda y por el contrario sí aceptó en la parte motiva de la Resolución 001 de enero 11 de 1989 que resolvió el recurso de reconsideración, circunstancias éstas que le permiten afirmar que, no es cierto que la sociedad hubiera persistido en la conducta omisiva de no declarar, como lo sostuvo durante todo el trámite gubernativo la Administración, o sea que se incurrió en una falsa motivación de los actos administrativos cuestionados que derivan necesariamente en su anulación, porque no recogen la verdad real de la situación.

Con cita y transcripción de apartes de la sentencia del 25 de julio de 1085 proferida por la Sección Tercera de la Corporación (Ex. 2963 Actor: Carlos Reyes Reyes) negó el reconocimiento de perjuicios morales reclamados por la firma, como quiera que según ella, éstos se reconocen con miras a tutelar los bienes de la personalidad del sujeto pasivo, al ser humano, y no a las sociedades, como personas jurídicas que son.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada solicita se decrete la nulidad del proceso, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, numeral 7o., por indebido reconocimiento de la personería de la parte actora, o, en su defecto se revoque la sentencia recurrida confirmando en su totalidad la actuación oficial.

Considera el apoderado que, si bien es cierto en la vía gubernativa se le reconoció personería adjetiva al señor Diego Fernando Andrade Franco, quien actuó entonces como Gerente y Representante Legal de la compañía, no puede hacerse lo mismo en la jurisdicción, toda vez que actúa como "supuesto apoderado" de la firma pero sin mediar poder debidamente otorgado para llevar a cabo tal actuación y sin que dentro de las facultades que como Gerente se le concedieron, se encuentre la capacidad para obrar directamente como tal, pues al contrario según Certificado de Constitución y Gerencia expedido por la Cámara de Comercio, dentro de sus funciones está la de constituir apoderados judiciales y facultarlos para representar a la sociedad en los litigios que promueva o se le promuevan a ella.

En cuanto al fondo de la *litis*, afirma que el Artículo 43 del Decreto 3803 de 1982 no fue derogado totalmente por el Decreto 2503 de 1987, lo fue en lo que resulta contrario al Artículo 36 (Ibídem) de donde infiere que es requisito previo para presentar la declaración de renta, el pago de la sanción por extemporaneidad, ésto es, que el "hecho de presentar la declaración y pagar la sanción es coetáneo", motivo por el cual la actuación de la Administración de Impuestos es armónica con la ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Tercero de la Corporación, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto opina que el expediente debe remitirse al Tribunal de origen, para que pronuncie la decisión de primera instancia, como quiera que el fallo del Tribunal es "absolutamente inexistente".

Observa que no está "suscrito por el número de Magistrados que integran la Corporación ya que ésta se compone de cuatro individuos que conforman el Juez Colegiado y la sentencia suscrita por tres, lo que la descompleta", en tal virtud la decisión jurisdiccional es inexistente por haberse pronunciado por un Juez irregular y por ende el Superior está imposibilitado jurídicamente para revisar en grado de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Para resolver la controversia planteada entre las partes, es necesario analizar primero, las fallas de tipo procedimental que invocan tanto el Ministerio Público como la parte demandada, a saber:

a) Inexistencia de la sentencia apelada y

b) Falta de personería adjetiva.

INEXISTENCIA DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal admitió por Auto del 4 de abril de 1991, el impedimento presentado por la Magistrada Gloria Hurtado de Bolaños, como quiera que ella formó parte del Comité de Coordinación, que suscribió el Acta en la cual se resolvió la consulta formulada a la Administración por la sociedad actora. El Tribunal en ese momento ha debido proceder a nombrar un Conjuez para que la reemplazara y no lo hizo, incurriendo así en una conducta censurable.

Pero, jurídicamente no implica nulidad de lo actuado o inexistencia del fallo como conceptúa el Ministerio Público porque no está incluida dentro de las causales de nulidad consagradas por el Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión del Art. 165 del C.C.A.) y porque la sentencia fue aprobada por el quorum que para el efecto exige el Artículo 100 del C.C.A., aplicable a las decisiones que adoptan los Tribunales Administrativos, según prescripción del Artículo 120 Ibídem. La nulidad cabría si la decisión no hubiera sido adoptada por los tres Magistrados, esto es, con salvamento de voto en uno.

En consecuencia, si bien la Sala no puede cohonestar la actuación o práctica procesal del Tribunal, tampoco puede aceptarla como causales de nulidad y/o de inexistencia de la sentencia.

PERSONERIA ADJETIVA DEL ACTOR

El Artículo 63 del Código de Procedimiento Civil establece que "Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa" (Dcto. 196/71, Arts. 28-29).

Y el Artículo 44 Ibídem., prescribe que "Las personas jurídicas comparecen al proceso por medio de sus representantes con arreglo a lo que disponga la Constitución, la Ley o los Estatutos".

De otra parte el numeral 5o. del Certificado de Constitución y Gerencia de la sociedad, expedido por la Cámara de Comercio del Cauca, certifica que por Acta No. 29 de enero 24 de 1986, fue nombrado el Doctor DIEGO FERNANDO ANDRADE FRANCO, como Gerente de la sociedad quien tiene la representación legal de la misma y al cual corresponde el uso exclusivo de la razón social y tiene entre otras funciones las de "representar a la sociedad en todos los actos en que deba intervenir activa o pasivamente, constituir apoderados judiciales y facultarlos para representar a la sociedad

en los litigios que promueva o se le promuevàn, constituir apoderados especiales extrajudiciales y otorgarles las facultades que considere necesarias para la realización del mandato que se les confiere..."

De lo anteriormente expuesto es claro para la Sala que:

1o.– La personería para actuar la tiene el Representante Legal de la sociedad Dr. Diego Fernando Andrade Franco quien ostenta la representación judicial y extrajudicial de la compañía.

2o.– Que éste podía actuar dentro del proceso, bien directamente a nombre de la sociedad, por cuanto simultáneamente sí ostentaba la calidad de Abogado, o indirectamente constituyendo apoderado especial.

Dentro del informativo se encuentra que el Dr. DIEGO FERNANDO ANDRADE FRANCO, es Abogado titulado con Tarjeta Profesional No. 24199 del Ministerio de Justicia (fls. 89 y 90 C.P.) y que actuó directamente como Representante Legal de la firma, lo que significa que goza de personería adjetiva para actuar.

ASPECTO DE FONDO: *El pago de la sanción por extemporaneidad como requisito para recibir las declaraciones tributarias.*

La Administración durante el trámite gubernativo y después como parte demandada ante la jurisdicción, ha sostenido la tesis de que la liquidación y pago de la sanción por extemporaneidad deben ser simultáneas porque según su entender el Artículo 43 del Decreto 3803 de 1982, en lo que hace relación al pago de aquélla no fue modificado por el Artículo 36 del Decreto 2503 de 1987, puesto que éste solo derogó tácitamente en lo que le fuere contrario. En esta interpretación se ha escudado reiteradamente para sostener que la falta de pago de la multa impidió a las entidades bancarias y aún a las propias Oficinas de Impuestos, recibir las declaraciones de renta de 1983, 1984 y 1986 que exigió presentar a la sociedad.

De la confrontación de los Artículos 1o. y 43 del Decreto 3803 de 1982 y de los Artículos 4, 6, 7, 8, 9 y 36 del Decreto 2503 de 1987, la Sala encuentra que, si bien es cierto el Artículo 154 de este estatuto no derogó expresamente el Artículo 43 del primero, que regulaba la liquidación y pago de la sanción por extemporaneidad, sí lo modificó en cuanto al momento del pago de la pena, como quiera que aquél derogó el Artículo 1o. del Decreto 3803 que, en su numeral 8o. prescribía la obligación de acompañar a la declaración la prueba del pago previo de aquélla cuando ésta resultara extemporánea.

Además de los Artículos 4, 6, 7, 8, 9 del Decreto 2503 de 1987, que tratan sobre el contenido de las declaraciones tributarias, ni del Artículo 36

que reguló nuevamente la forma de liquidar la sanción por extemporaneidad, ni menos aún del Artículo 14 que establece cuáles declaraciones se tienen como no presentadas, surge como requisito esencial que para percibir los formularios oficiales se acredite el pago de la sanción por extemporaneidad cuando ésta se ha causado.

Lo anterior lo confirma el Decreto 88 de enero 19 de 1988, por el cual se fijaron los plazos y lugares para la presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de las obligaciones fijadas en ellas, vigente para la época en que la sociedad fue emplazada para que cumpliera con el deber formal y de cuyo articulado surge que sólo y exclusivamente en el caso de la declaración del impuesto de timbre, debe probarse simultáneamente con su presentación el pago de la totalidad del impuesto, sanciones e intereses (Arts. 19 y 20 armónicos con el 24). Además el segundo inciso del Artículo 1o. en forma absolutamente clara estableció que las declaraciones extemporáneas de los años de 1986 y anteriores "se seguirán presentando en las Oficinas de la Administración de Impuestos, pero los pagos correspondientes se efectuarán en los bancos autorizados".

Así las cosas, no podía la Administración negarse a recibir las presentadas en 1988 (por los años 1983, 1984 y 1986 exigidas por ella misma), esgrimiendo un requisito no previsto por la ley tributaria y menos aún cuando para entonces también el Artículo 27 del Decreto 01 de 1984, establece:

> "... cuando una norma imponga a una persona el deber de presentar una solicitud, *una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada*, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretende cumplir el deber. Ello no obsta para que se adviertan al interesado las faltas en que incurre, o las que aparentemente tiene su escrito ..." (Subraya la Sala).

Establecido como ha quedado que no era indispensable que la sociedad acreditara el pago de la sanción por extemporaneidad para que se recibieran sus declaraciones tributarias, es del caso examinar ahora si éstas fueron presentadas de una y otra manera, pues no de otra forma puede levantarse la sanción impuesta por la no presentación de aquéllas.

La contribuyente afirma en la demanda, como lo reiteró en la vía gubernativa que, ni la Administración de Impuestos, ni el Banco del Estado quisieron recibir las declaraciones de renta que ella presentó por los períodos gravables 1983, 1984 y 1986, por falta de pago de la sanción por extemporaneidad, afirmación que no fue controvertida por la parte demandada: por el contrario, en la parte final del memorial contestatorio (fl. 100 C.P.), ésta acepta que las declaraciones fueron dejadas en sus dependencias "sin sellarlas y sin ofrecer el pago de las sanciones pertinentes".

Esta expresa aceptación por lo demás es acorde con lo expuesto en la Resolución 001 de enero 11 de 1989 que desató el recurso de reconsideración y en la cual la Administración dijo:

> "Aunque no se puede desconocer la intención de la COMPAÑIA FRIGORIFICA DEL CAUCA "COFRIAL" de cumplir con la obligación de declarar por los años 1983, 1984 y 1986, no se puede decir que lo ha efectuado legalmente ya que no se han cancelado las sanciones por extemporaneidad correspondientes ni se han presentado ante la oficina competente tales declaraciones para ser selladas".

De lo anterior resulta necesario concluir que la sociedad sí presentó las declaraciones tributarias, primero ante el Jefe de la Sección de Auditoría Externa Dra. Gloria Hurtado de Bolaños y después ante el mismo Administrador de Impuestos cuando las remitó, anexas a la consulta que le formuló el 22 de junio de 1988, a fin de que se le indicara el procedimiento a seguir para el cumplimiento de la obligación de declarar.

En tales circunstancias tuvo razón el *a-quo* de anular la operación administrativa impugnada como quiere que, se incurrió en ella en una falsa motivación.

Primero al exigir el cumplimiento de una obligación que no estaba establecida por ley: el pago previo de la sanción por extemporaneidad y segundo, al afirmar que no se habían presentado las declaraciones cuando la realidad es que sí se habían llevado a la Administración, y cosa distinta fue que aquélla no hubiera estampado el sello de recibidas.

Así pues la Administración de Impuestos debe aceptar para todos los efectos legales como recibidas las declaraciones de renta correspondientes a los años gravables 1983, 1984 y 1986, el día 22 de junio de 1988, fecha en la cual las presentó la sociedad como anexos a la consulta a que anteriormente se hizo mención, según sello estampado por la misma Oficina de Impuestos (fl. 52 C.P.) que las recibió.

Por lo demás, la Sala también está de acuerdo con la sentencia, en que no puede decretar la jurisdicción el resarcimiento de perjuicios morales y en la cuantía que lo solicita la compañía demandante, porque éstos solo los sufren las personas naturales que en sentido jurídico técnico son las únicas que pueden experimentar dolor por el daño moral que se les cause.

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

FALLA:

1o. CONFIRMASE la sentencia apelada.

2o. RECONOCESE a la Doctora MARIA CRISTINA RAMIREZ LONDOÑO como apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudida y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala – Ausente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* (con Salvamento de Voto).

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

JUEZ FALLADOR–Inexistencia–(Aclaración de Voto)

El Tribunal al admitir el impedimento presentado por la Magistrada, no procedió como es de ley, a nombrar el Conjuez que deba reemplazarla, para el efecto de integrar la Sala Falladora; en estas circunstancias, aunque la providencia la hubieren compartido los tres de los cuatro magistrados, no había juez fallador porque éste está integrado por un número plural de magistrados que integran la Sala Falladora y como el Tribunal omitió el deber de nombrar el Conjuez que debía reemplazar en sus funciones a la Magistrada, deduzco que no hay fallador.

Aclaración del Voto del Doctor Carmelo Martínez Conn. Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 3626. Actor: Compañía Frigorifica del Cauca "Cofrial".

La aclaración al voto que debo hacer, se concreta únicamente al primer punto tratado en la sentencia, pues la comparto en lo demás; la situación es la siguiente:

Como lo dice la sentencia de esta Sección, el Tribunal admitió por auto de 4 de abril de 1991, el impedimento presentado por la Magistrada Gloria Hurtado de Bolaños consistente en que ella suscribió el acta en la cual se resolvió la consulta formulada a la Administración por la sociedad actora, pero no procedió como es de ley, a nombrar el Conjuez que deba reempla-

zarla para el efecto de integrar la Sala Falladora. En estas circunstancias, aunque la providencia la hubieren compartido los tres de los cuatro magistrados, no había juez Fallador porque éste está integrado por un número plural de magistrados que integran la Sala Falladora y como el Tribunal omitió el deber de nombrar el Conjuez que debía reemplazar en sus funciones a la Magistrada Hurtado de Bolaños, deduzco que no hay fallador.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

SANCION CAMBIARIA

La circunstancia de que la entidad bancaria, una vez detectada la falta sancionable por la entidad administrativa, acuda a la Superintendencia Bancaria para corregir el error no la exonera de la imposición de la sanción cambiaria, porque ésta tiene configuración diferente a la contable y se produce por la transgresión extranjera. Tampoco exonera de la imposición de la sanción la falta de culpa, el error excusable de buena fe, ni la ausencia de dolo, porque tratándose de contravenciones administrativas, la responsabilidad es de carácter meramente objetivo, y resulta de la simple transgresión de la norma independientemente de los motivos o circunstancias.

SANCION ADMINISTRATIVA/SANCION PENAL/LEY PENAL—Inaplicación

Sobre la no aplicación de los principios de derecho penal al derecho administrativo, especialmente en cuanto a sanciones se refiere, se ha dicho que hay que deslindar la sanción que se impone por violación de las normas y reglamentos administrativos de la sanción por violación a las normas penales, pues mientras en la primera se regulan objetivos públicos del Estado, en la imposición de la sanción penal se castiga una falta por una conducta antisocial que lesiona el interés general y produce un gran daño social. Diferencia de objetivos y normatividad que determina mecanismos sancionatorios autónomos sin interdependencia, debiendo aplicarse obligatoriamente la disposición administrativa especial, con las provisiones allí señaladas sobre el hecho que da lugar a la sanción, el procedimiento aplicable, el monto de la sanción y la oportunidad para imponerla.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C. febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3622. Actor: Banco del Comercio. Apelación de la sentencia del 31 de agosto de 1989. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autordades Nacionales. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 31 de agosto de 1989 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 el BANCO DEL COMERCIO contra el acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Control de Cambios le impuso sanción pecuniaria por violación al Régimen de Control de Cambios y de Comercio Exterior.

ANTECEDENTES

Mediante el oficio DG 006 del 2 de febrero de 1977, la Superintendencia Bancaria comunicó al Superintendente de Control de Cambios las irregularidades cambiarias que detectó al practicar una visita administrativa al Banco del Comercio, consistentes en el hecho de no haber efectuado reintegro de divisas por valor de US$114.329,48 que los corresponsales extranjeros había reintegrado a la entidad bancaria por concepto de devolución de intereses por cancelación anticipada de financiación e intereses por sobregiros mal liquidados, y además, haber realizado doble reembolso de gastos bancarios por valor de US$174.371.31, reembolsos que fueron hechos utilizando simultáneamente originales y copias de las notas que los corresponsales enviaron al Banco y que fueron presentadas en diversas licencias de cambio, e irregularidad presentada en el balance de corte de operaciones de septiembre 30 de 1976, en la cuenta de certificados de cambio.

Con base en el informe suministrado por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Control de Cambios abrió investigación de carácter administrativo contra la entidad bancaria comprometida en la irregularidad cambiaria. Y al efecto indagó al vicepresidente de la División Internacional del Banco, que informó que el 24 de julio de 1977 reintegraron al Banco de la República la suma de US$95.539.48 y que el saldo de US$18.800 no correspondía a reintegro de interses sino al pago que les hizo el corresponsal por una remesa enviada para su negociación y que el reembolso de gastos corresponde a cargos del Banco por servicios bancarios, contabilizados en la cuenta "cargos diferidos en moneda extranjera" en la cual se cometieron

ciertos errores entre los cuales ya se habían detectado algunos por doble reembolso, cuando aparecio la Superintendencia Bancaria.

Adelantada la investigación administrativa y analizadas las pruebas correspondientes la Superintendencia de Control de Cambios comprobó las irregularidades al régimen de Control de Cambios y procedió a imponer una multa por $10.450.698.56 al Banco del Comercio, suma equivalente al 50% del valor de la infracción.

Contra dicho acto administrativo, la entidad bancaria sancionada interpuso recurso de reposición que fue fallado por la Superintendencia de Control de Cambios mediante la Resolución 0213 del 15 de marzo de 1984 que admitió descargos por valor de $3.108.395 y confirmó la sanción por valor de $8.346.500.60.

Con dicha providencia se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El Banco del Comercio acude por intermedio de apoderado judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando violación de los artículos 20 y 25 de la Constitución Nacional: 1o., 4o., 222 y 246 del decreto 444 de 1967, por indebida aplicación; del Decreto 100 de 1980 artículos 1o. a 59, por falta de aplicación y los principios sobre prescripción contenidos en los artículos 76 a 92 ibídem; el artículo 880 del Código de Comercio y las Resoluciones 13 de 1967, y 65 de 1976 de la Junta Monetaria: 215, 216, 223, 228 y concordantes del Código de Procedimiento Penal; 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1975.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al encontrar infundados los cargos de violación de la normatividad superior, arguidos en la demanda porque:

No existe transgresión del Código Penal al no declarar la prescripción allí señalada, porque ella no es aplicable a sanciones de carácter eminentemente administrativo.

No hay violación de las Resoluciones 65 de 1976 y 13 de 1967 de la Junta Monetaria porque si bien el actor hace aseveraciones en este sentido no desvirtuó la legalidad de los actos acusados comprobando que se trataba de gastos bancarios contabilizados en octubre de 1976 en la cuenta "gastos diferidos en moneda extranjera", para tener derecho a su reembolso a más tardar el 31 de diciembre de 1976.

Que así mismo no se dio la violación al artículo 2o. de la Resolución 65 de 1976 de la Junta Monetaria, porque en la relación de intereses reintegrados por corresponsales a octubre de 1976, enviada por la Superintendencia Bancaria, claramente se observa que la falta de reintegro se presentó durante los años de 1973 a 1976, que demuestran que la conducta asumida por el actor es violatoria de la mencionada resolución y no así el acto administrativo.

Que tampoco se da la violación del Decreto 444 de 1967 artículos 1o., 4o., 222 y 246, porque evidentemente del acervo probatorio surge el doble reembolso y reintegro tardío de partidas provenientes de intereses recibidos de los corresponsales extranjeros, hechos que constituyen violación al régimen cambiario y que el acto administrativo al así reconocerlo, está conforme con los artículos mencionados.

Que el cargo de violación del artículo 880 del Código de Comercio es improcedente toda vez que la norma hace referencia al derecho que tiene el comerciante de solicitar la rectificación de errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios que "tuvieren las cuentas que hubiese pagado o finiquitado", y que el error que aduce la demanda no se refiere a este tipo de cuentas sino a errores contables.

Que así mismo, tampoco se dio la violación de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1975 ni confusión por parte de la Superintendencia de Control de Cambios de los términos caducidad y prescripción porque el fundamento que ella da en la discusión gubernativa se basa en la no prescripción de la sanción, señalando que el régimen previsto sobre la materia en el Código Penal no es aplicable a las infracciones al Régimen de Cambios y de Comercio Internacional por existir para ellas el régimen especial previsto en la ley 33 de 1975 cuyo artículo 1o, señala el término para la prescripción de la sanción y el 2o., su interrupción por el auto de apertura de investigación y la que señala nuevamente el término de los 4 años para efectos de la prescripción.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia expone que tanto en la demanda como en el alegato de conclusión el Banco, demostró "con argumentos jurídicos" que la sanción de contravenciones en materia cambiaria se rigen por los principios que informan el derecho penal e invoca sentencias de la Corte Suprema de Justicia, invocando en su favor la fuerza mayor o el caso fortuito debido a la diligencia que adoptó el Banco al detectar el error contable que se propició como consecuencia de que "la Superintendencia en el año de 1974 estableció un nuevo régimen por esta clase de reembolso, muy drástico y dispendioso que trajo como secuela lógica la demora de los mismos y por ende un aumento en los saldos de la cuenta".

Insiste en que cometido el error contable el propio Banco solicitó a la Superintendencia Bancaria, su corrección en ejercicio de la facultad que le otorgaba el Código de Comercio y que en ningún momento ameritaba sanción alguna.

Afirma que la sentencia apelada desconoce el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo por cuanto no se pronunció sobre la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional claramente solicitada en el petitum de la demanda. Pide entonces se revoque la sentencia y se decrete la nulidad de los actos acusados, ordenando la restitución de la suma pagada más los intereses correspondientes.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada a través de su apoderado judicial se opone a las peticiones del apelante, y manifiesta, con relación a los fundamentos de la apelación, que las infracciones cambiarias se diferencian de las penales, pues aquellas son de carácter administrativo, con término de prescripción diferente y de naturaleza especial, con procedimiento regulado según lo indica la Ley 58 de 1982, cuyo artículo 5o. señala que a falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas se desarrollaran siguiendo las pautas que las normas establecen bajo los principios generales que quedaron plasmados en el Código Contencioso Administrativo.

Concluye que las contravenciones cambiarias no son de carácter penal y que por lo tanto las normas penales no son suceptibles de aplicación en materia cambiaria. Y que de otra parte el procedimiento cambiario está regulado por norma especial, cual es la ley 33 de 1975.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación, porque: "en materia de actuaciones administrativas y en especial en aquellas actividades que por disposición expresa de la ley le asignan a determinadas oficinas funciones de policía administrativa para exigir el cumplimiento de determinados requisitos que deben cumplir los ciudadanos, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado ha sostenido en forma permanente que su ámbito de aplicación para juzgar dichas actuaciones se desarrolla dentro de los parámetros propios del derecho contencioso administrativo, que fija los términos de las acciones, el poder sancionador y el procedimiento a seguir para ellos con independencia de las normas que regulan la facultad sancionatoria contra los delitos y las contravensiones de carácter penal", que por lo tanto, las actuaciones administrativas están sujetas a lo que las leyes especiales dispongan sobre la materia, o en ausencia de ellas a lo que establezca el Código Contencioso Administrativo, y para el

caso en estudio a los términos señalados en la Ley 33 de 1975, que son lo suficientemente claros para determinar que las decisiones tomadas por la Superintendencia de Control de Cambios fueron expedidas en la debida oportunidad.

Sobre las irregularidades de fondo que dieron lugar a la resolución, estima que admitidas éstas como ciertas por el propio Banco, no es procedente esgrimir, con el fin de exonerarse de la sanción la ausencia de culpa o la falta de intención de burlar la ley, porque la explicación analógica del caso fortuito o fuerza mayor tiene efecto y validez dentro del régimen penal ordinario, más no respecto de contravenciones administrativas, en donde la responsabilidad es meramente objetiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La actora, en primer lugar, acusa a la sentencia de ser violatoria del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo por no haberse pronunciado sobre la transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional invocado en la demanda, violación que concreta en la no aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal al no haberse tenido en cuenta, en la vía gubernativa, el acervo probatorio presentado y la no observancia del hecho de que debido a la vigencia de la Resolución 55 de 20 de octubre de 1976 de la Junta Monetaria que entró a regir el 1o. de noviembre del mismo año, el derecho a girar al exterior que tenía el Banco se limitaba al saldo de esa cuenta que estaba compuesta de más de 10.000 partidas, cuyo manejo en un corto período de un mes era muy complejo, lo que hacía entendible que se cometiera un error de cuenta en 30 de esas partidas.

La Sala estima infundado el cargo contra el fallo del *a-quo* porque, en el capítulo de consideraciones, en las páginas 9 y 10 de la sentencia (Fls. 162 a 165 cdno. ppal.) se analiza el cargo de violación de los artículos 20 y 21 (sic) de la Constitución Nacional, refiriéndose precisamente a la supuesta violación de los principios fundamentales del derecho penal, específicamente su artículo 5o. sobre proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva y a su no aplicación en materia de sanciones de carácter administrativo.

Con relación a otro de los dos aspectos fundamentales de la apelación, referido a la no aplicación de los principios de derecho penal al derecho administrativo, especialmente en cuanto a sanciones se refiere, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado al analizar dicho aspecto, deslindando la sanción que se impone por violación de las normas y reglamentos administrativos de la sanción por violación a las normas penales, pues mientras en la primera se regulan objetivos públicos del Estado, en la imposición de la sanción penal se castiga una falta por una conducta antisocial que lesiona el interés general y produce un gran daño social. Diferencia

de objetivos y normatividad que determina mecanismos sancionatorios autónomos sin interdependencia, debiendo aplicarse obligatoriamente la disposición administrativa especial, con las provisiones allí señaladas sobre el hecho que da lugar a la sanción, el procedimiento aplicable, el monto de la sanción y la oportunidad para su imposición (término) sin tener que recurrir a normas diferentes distintas del ordenamiento administrativo especial.

No es aceptable tampoco alegar la favorabilidad de las normas penales con el fin de enervar la sanción administrativa y hacer nugatorias las disposiciones especiales que exigen de los administrados una determinada conducta en el manejo de divisas, dentro de un régimen de control de cambios.

Existiendo entonces la regulación especial contenida en la Ley 33 de 1975, a ella debía sujetarse la Superintendencia de Control de Cambios para adelantar la respectiva investigación y tomar una decisión.

Entonces, si la investigación por el hecho ilícito se abrió el 17 de mayo de 1977 y la resolución sancionatoria tiene por fecha el 30 de abril de 1981, el acto administrativo se produjo en el término de los cuatro años señalados por la Ley 33 de 1975, cuyos artículos 1o. y 2o. señalan en su orden:

> "La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años y la sanción en ocho (8)".
>
> "La prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios y de comercio internacional se interrumpirá por el auto de apertura de la investigación y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción".

En consecuencia no prospera el cargo formulado contra la sentencia.

Con relación a la inexistencia de la contravención cambiaria que alega el Banco, por corresponder en apariencia a un error contable, no encuentra la Sala prueba alguna que permita tener como cierta tal aseveración y por el contrario, el informe que envía la Superintendencia Bancaria al Superintendente de Control de Cambios da cuenta de los valores que los extranjeros corresponsales han reintegrado al Banco desde el año de 1973, sin que la entidad bancaria a su vez la hubiese reintegrado al Banco de la República como era su deber. Así mismo señala la existencia de "dobles reembolsos de gastos bancarios" utilizando originales y copias de las notas que los corresponsales enviaron al Banco, irregularidad cometida concientemente por la entidad bancaria, pues para efectos de la presentación de los balances, disminuye el valor real de la cuenta "gastos diferidos, moneda extranjera", en razón de que deduce los dobles reembolsos, a pesar de que las sumas no han sido reintegradas al Banco de la República, afirmación que aparece funda-

mentada con las fotocopias de las licencias respectivas y las relaciones con que se llevaron a cabo los reembolsos citados.

Aseveraciones y pruebas que no resultan desvirtuadas con la solicitud formulada por el Banco del Comercio a la Oficina de Cambios, de una licencia de cambio no reembolsable, destinada a ajustes contables, ni con la respuesta lógica de la Superintendencia a tal solicitud que la demandante pretende hacer valer. Por el contrario, los hechos punibles fueron confirmados por la Superintendencia de Control de Cambios y admitidos por el propio demandante, aduciendo que "dado el corto término concedido por la Resolución 65 de 1976 de la Junta Monetaria, para el reembolso al exterior ocasionó los errores detectados por la Superintendencia".

La circunstancia de que la entidad bancaria, una vez detectada la falta sancionable por la entidad administrativa, acuda a la Superintendencia Bancaria para corregir el error no la exonera de la imposición de la sanción cambiaria, porque ésta tiene configuración diferente a la contable y se produce por la transgresión al sistema de giros, reembolsos y reintegros en moneda extranjera.

Tampoco exonera de la imposición de la sanción la falta de culpa, el error excusable de buena fe, ni la ausencia de dolo, alegados por la demanda, porque como bien lo anota la colaboradora fiscal, tratándose de contravenciones administrativas, la responsabilidad es de carácter meramente objetivo, y resulta de la simple transgresión de la norma independientemente de los motivos o circunstancias. Si bien la fuerza mayor o el caso fortuito exoneran de responsabilidad, debe probarse que sucedió un imprevisto imposible de resistir y quien lo alega en su favor, debe demostrar además que en su acaecer no influyó en manera alguna su conducta porque a pesar de las medidas razonables adoptadas para prevenirlo, el suceso tuvo la característica de irresistible e imprescindible, circunstancia que no prueba la apelante.

Así las cosas, no encuentra en consecuencia la Sala fundamento alguno para revocar la sentencia apelada y por lo tanto ésta habrá de confirmarse.

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

FALLA

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 feçha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEMANDA–Requisitos/**PARTES**–Designación/**DEMANDA**–Interpretación

Careciendo las administraciones de impuestos nacionales del atributo de la personalidad para comparecer en juicio, es claro que aunque se las señalara en condición de demandas, de todos modos se tendría que decir errado el presupuesto de la designación de las partes instituido por el artículo 137–1 del C.C.A. obstáculo no susceptible de remoción por vía de interpretación de la demanda, pues de que se accione contra un ente procesalmente inepto no se colige haberse demandado al idóneo, por la evidente contradicción que ello encierra y porque, en tal caso, estarían de más las reglas de los artículos 137 y 149 que, en materia de impuestos nacionales, no hacen distinciones.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3762. Apelación sentencia de 31 de mayo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Promotora de Inversiones Santa Fe, Ltda. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone la sociedad PROMOTORA DE INVERSIONES SANTA FE, LTDA., la actora, contra la sentencia de 31 de mayo de 1991, inhibitoria, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1983, promovido en relación con la liquidación de revisión No. 0966 de 27 de agosto de 1986 y la resolución No.

0683 de 27 de septiembre de 1988, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

El acto liquidatorio, cumplida la formalidad del requerimiento, modificó los factores de ingreso y gusto declarados, por el rechazo de "intereses" ($118.676), "provisión general de cartera" ($12.743.198), "deudas perdidas" ($217.205) y "costo" ($12.003.101).

Previno, igualmente, para el caso de que fueran desvirtuadas dichas glosas, sobre la alternativa de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, dado el proyectado rechazo de pasivos por $26.811.447, y también, de ser probados éstos, sobre la eventual fijación de la renta gravable por presunción.

Por último aplicó la sanción contemplada "en el artículo 27 del decreto 80 de 1984" ("pagos, pasivos, créditos e ingresos no identificados").

La liquidación fue confirmada íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Dice quebrantados los artículos 57–3 de la ley 52 de 1977, 112 del Código de Procedimiento Civil, 1o., 3o. y 34 del decreto 074 de 1976 y 75 de la ley 9a. de 1983, teniendo por realizado el supuesto de hecho de que la renuncia expresan a la mayor parte del lapso previsto para la contestación del requerimiento especial, redujo el plazo para practicar la liquidación de revisión y dejó ésta fuera de término.

Explica, que notificado el requerimiento el 26 de junio de 1986 y respondido el 23 de julio siguiente, con manifestación inequívoca de renunciar a la parte restante del término otorgado, y teniendo en cuenta que la declaración del ejercicio se había presentado el 9 de julio de 1984, la facultad de revisión se tendría que haber ejercido a más tardar el 4 de agosto de 1986, esto es, dentro de los dos años siguientes contemplados por el artículo 75 de la ley 9a. de 1983, más "los 23 días" utilizados para contestar el requerimiento, estando autorizada la renuncia por el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil y entendiéndose establecido el término en favor del contribuyente, pues sólo a éste incumbe actuar en él.

Cuestiona el concepto DIN No. 15377 de 1983, aducido por el funcionario que decidió el recurso gubernativo, por ser contrario a la instrucción DIN No. 016 de 1980 en que el mismo dice basarse, según la cual, ocurrida

la renuncia, "la Administración puede válidamente entrar a practicar la correspondiente liquidación", aparte de otras razones en las que se extiende.

Adicionalmente, cita como violados los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional y 25 y 26 del Código Civil.

LA SENTENCIA

Acoge, en todas sus partes, el concepto emitido por la fiscalía en su momento, en el sentido de que la demanda no reunía los requisitos del artículo 137 del decreto 01 de 1984, pues no había designado las partes y sus representantes, cuestionamiento formulado igualmente por la parte impugnadora en la contestación de la demanda y su alegato de bien probado.

Se habría limitado la demanda, "a deprecar la nulidad de los actos acusados, sin indicar en parte alguna frente a quién debe hacerse el correspondiente pronunciamiento (...) (quedando) indefectiblemente afectado el presupuesto procesal demanda en forma, vicio procesal que como es bien sabido impone inevitablemente una decisión inhibida, por imposibilidad de proferir una decisión de mérito frente a una persona determinada que ha debido ser vinculada al proceso como parte demandada ..." (paréntesis fuera de texto).

LA APELACION

Sostiene, en síntesis:

1. Es jurisprudencia reiterada, que el examen de la demanda y anexos procede a tiempo de su presentación y corresponde al ponente, quien, en términos del artículo 143 del decreto 01 de 1984, expresará los requisitos de que aquélla carezca, por auto susceptible de apelación, o la admitirá, disponiendo su curso.

En el caso, la demanda fue admitida por encontrarse conforme al artículo 137 y siguientes 1b., ordenándose la fijación en lista y la notificación del Fiscal y del jefe de la División Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá, sin que éstos objetaran la admisión ni se opusieran al correspondiente trámite. Contrariamente, el representante del Subdirector Jurídico de la Dirección de Impuestos Nacionales, manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, habiéndose pasado luego el expediente a despacho, con la información de estar cumplido el auto admisorio, sin posibilidad de que se adujera posteriormente la carencia de formalidades.

2. No es exacto que la demanda no hubiera designado las partes o sus representantes. Su texto es claro en cuanto a que se obraba en representa-

ción de Promotora de Inversiones Santa Fe Ltda., PROINFE, y se dirigía la acción contra la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que había expedido los actos impugnados, especificaciones también contenidas en el poder.

(A este respecto, la apelante transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 19 de julio de 1991, dictada en el proceso No. 3127. Seguidamente, "por el aspecto de fondo", transcribe lo expuesto en el aparte "normas infringidas y concepto de su violación" de la demanda).

3. La actividad desarrollada por la administración en función del artículo 17 del decreto 3803 de 1982, es un proceso administrativo sujeto a las normas jurídicas que regulan la materia. Así, para modificar las liquidaciones privadas mediante liquidación de revisión, debe producir un requerimiento especial, concediendo un término de tres meses para su respuesta, que suspende el término de la revisión. Se trata de un término procesal, judicial, en beneficio exclusivo del contribuyente que, como tal, es individual e improrrogable, pero renunciable en la parte que no se requiera, conforme a los artículos 122 del Código de Procedimiento Civil, 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, y 1551 y siguientes del Código Civil, con miras a una rápida decisión de la administración, debiendo reanudarse inmediatamente la actuación, por el solo ministerio de la ley, según los artículos 170 y siguientes del citado ordenamiento procesal civil, pues, de lo contrario, sería inútil que la ley autorizara la remoción de términos (Art. 15, C.C.).

El argumento de que la renuncia no vincula a la administración, es contrario al principio de la igualdad de todos ante la ley y al derecho mismo.

Tampoco la renuncia exige un pronunciamiento de aceptación, como acto unilateral que es y de las mismas características de los desistimientos.

Es más, la administración tributaria no tiene facultad legal para interpretar la ley por vía de doctrina general, como lo hace la Subdirección Jurídica en la instrucción No. 16, acto contrario a la Constitución, pues es atribución que pertenece al Congreso y al legislador, de conformidad con los artículos 4o., 150, numeral 1o., y 189, num. 11, de la Constitución, 14, 17 y 125 del Código Civil y 58 del Código de Régimen Político y Municipal.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada se reafirma en la informalidad de la demanda, por ausencia de la designación del ente demandado y su representante, que lo eran, la Nación, por conducto del Director de Impuestos Nacionales, disponiendo aquélla de personería jurídica y capacidad para ser demandante y demandada. Tiene por cierto que la accionante no citó demandado alguno,

pues se limitó a pedir la nulidad de los actos expedidos por la Administración de Impuestos, y que la controversia que plantea, carece de asidero legal, "ya que a nadie le es procedente alegar en su favor su propia culpa ...".

En lo de fondo, admite que el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil consagra la renuncia de términos y que ésta se formuló por la contribuyente en la respuesta al requerimiento especial; pero no que la administración hubiera aceptado la renuncia, tratándose de un término común, como se habría asentado en la sentencia de la Sala de 22 de junio de 1990, dictada en el expediente 1221.

De otro lado, niega que el argumento sobre la supuesta carencia de facultad de la administración para interpretar la ley por vía de doctrina, que redundaría en la inconstitucionalidad de la instrucción DIN 16 de 1980, tenga alguna relevancia en el punto, dado que la actuación administrativa impugnada no se basa en tal instrucción, sino en la ley y la jurisprudencia (cítanse los artículos 122 del Código de Procedimiento Civil, 73 de la ley 52 de 1977, "literal a) del Decreto Legislativo 3803 de 1982" (sic) y 15 del Código Civil), a más de que el artículo 1o. del decreto 074 de 1976, habría conferido a la Dirección de Impuestos Nacionales, la facultad en cuestión.

La actora no presentó más alegaciones.

EL CONCEPTO FISCAL

Expresa, en resumen, tocante a la decisión inhibitoria, haberse pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado en el sentido de que, por virtud de las atribuciones del juez administrativo para interpretar la demanda, debe éste prescindir de formalismos inútiles que le impidan pronunciarse en el fondo, más cuando el artículo 228 de la actual Constitución instituye la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales.

Estima, asímismo, en lo discutido, que el hecho de haberse admitido la demanda significaba dar por cumplidos los requisitos del artículo 137 del decreto 01 de 1984, y que no habiéndose recurrido el auto admisorio, quedó éste en firme y permitió el trámite posterior, trabándose la litis en debida forma, por lo cual, la sentencia debe revocarse.

Respecto de la renuncia de términos, puntualiza que, contrario a lo afirmado por la demandante, el término de suspensión previsto por el artículo 73 de la ley 52 de 1977, "es común para las partes, pudiendo presentarse, si no se respetara, nulidad de la actuación administrativa cumplida sin atención a la interrupción aludida ...".

Y, de otra parte, que, como bien lo sostiene la demandada en su alegato de conclusión, el argumento relativo a la falta de competencia de la adminis-

tración para interpretar la ley, "refiriéndose a la Instrucción No. 16 de 1980, no tiene incidencia en el caso en estudio, pues en efecto, los actos demandados no se basan en la instrucción citada ...".

Concluye, que se debe revocar la decisión inhibitoria y, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

LA SALA CONSIDERA

Es cuestión probada por el propio contexto de la demanda, que en ninguna parte indicó ésta un demandado específico o su representante. La circunstancia de que se identificara a "la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá" como la entidad que había expedido los actos supuestamente anulables, que fué lo que realmente se hizo, no implicaba que la misma se debiera tener por demandada, ni menos por legitimada en causa pasiva, dadas las reglas del artículo 149 del decreto 01 de 1984.

De hecho, careciendo las administraciones de impuestos nacionales del atributo de la personalidad para comparecer en juicio, es claro que aunque se las señalara en condición de demandadas, de todos modos se tendría que decir errado el presupuesto de la designación de las partes instituído por el artículo 137–I ib., obstáculo no susceptible de remoción por vía de interpretación de la demanda, pues de que se accione contra un ente procesalmente inepto no se colige haberse demandado al idóneo, por la evidente contradicción que ello encierra y porque, en tal caso, estarían de más las citadas reglas de los artículos 137 y 149 que, en materia de impuestos nacionales, no hacen distinciones.

Tampoco del hecho de que se hubiera ejecutoriado el auto admisorio de la demanda, sin aparente oposición de la parte contraria, se sigue haber perdido ésta su derecho de contradicción en cuanto a la forma de la demanda, pues el artículo 207-5 ib. es claro, en el sentido de que el término de fijación en lista no solamente es útil para que los demandados y los intervinientes contesten la demanda y pidan la práctica de pruebas, sino para que propongan excepciones, entre otras, la de "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales ...", de que trata el artículo 97-7 del Código de Procedimiento Civil.

Y como se encuentra igualmente probado, que en la contestación oportuna de la demanda, la administración, constituida en parte impugnadora, señaló, aparte de otras presuntas informalidades, la consistente en que en la demanda, contra lo dispuesto en el artículo 137–I del decreto 01 de 1984, "no se menciona la parte demandada, que en este caso es la Nación representada por el Doctor (sic) de Impuestos Nacionales ...", solicitando un pronunciamiento inhibitorio, no cabe duda de que propuso excepciones, aunque no lo hubiera dicho expresamente así, y que el *a quo*, en consonancia con tales

pretensiones, declaró probada la citada, de ausencia de designación de la parte demandada, aunque tampoco se hubiera expresado en tales términos.

Es pertinente aclarar, que los casos en que la Sala ha dicho infundados ciertos fallos inhibitorios, dicen relación con aquellas demandadas en que, al menos tangencialmente, se menciona al Director de Impuestos Nacionales como representantes de la Nación en los litigios sobre impuestos y, principalmente, cuando la administración actúa en las instancias del juicio sin alegar la irregularidad.

No estando llamado a prosperar el recurso de la actora, en lo que hace a este primer aspecto de la apelación, resulta supérfluo un pronunciamiento sobre los restantes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, en discrepancia con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada.

La doctora NOHRA MATIZ SANTOS DE VARGAS tiene personería para obrar en nombre del Director de Impuestos Nacionales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACTURA/DOCUMENTO EQUIVALENTE/SANCION POR NO EXPEDIR FACTURA—Improcedencia/**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**

La Administración de Impuestos al imponer la sanción por no expedición de facturas, se basó exclusivamente en el artículo 617 del Estatuto Tributario, que determina los requisitos allí exigidos sólo para la factura y no para el documento equivalente, exigencias que sólo vinieron a concretarse para éste último mediante la Ley 49 de 1990 y sus Decretos Reglamentarios 422 y 836 de 1991, pero que en manera alguna pueden servir de fundamento a la sanción dado el carácter no retroactivo de la ley. Por ello en el *sub-lite* no procede imponer una sanción cuando al verificar la cinta de la máquina registradora encuentra que carece de nombre, razón social y del número de identificación tributaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3702. Actor: Caja de Compensación Familiar de Fenalco "COMFENALCO". Nit. 890000381-0. Apelación de la sentencia de junio 7 de 1991. Tribunal Administrativo del Quindío. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Sanciones. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 7 de junio de 1991 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la Caja de Compensación Familiar de Fenalco, Seccional Quin-

dío "COMFENALCO" Nit. 890000381–0, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia le impuso sanción por expedición de facturas sin el cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES

Con el fin de verificar el cumplimiento de la obligación legal de expedir facturas por parte de la actora, la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, mediante visita de dos funcionarios al establecimiento comercial comprobó que los tiquetes de la máquina registradora carecían de razón social y del número de identificación tributaria de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE FENALCO "COMFENALCO", es decir no reunían los requisitos exigidos por el artículo 517 del Estatuto Tributario y con base en tales hechos le formuló pliego de cargos en donde le produjo la imposición de la sanción prevista en el artículo 652 del mismo ordenamiento jurídico.

Proposición que concretó a través de la Resolución No. 0005 del 15 de diciembre de 1989 mediante la cual le impuso multa por valor de $4.652.240.

Contra dicho acto administrativo, la actora, interpuso recurso de reconsideración, pidiendo la nulidad del acto administrativo por vicio de incompetencia, abuso de poder y lesión al derecho de defensa.

El recurso fue fallado mediante la Resolución No. 0015 del 10 de julio de 1990, que no accedió a declarar la nulidad pedida, pero reconoció, con base en el artículo 652 del Estatuto Tributario, que la sanción impuesta fué excesiva y la limitó al monto de $1.300.000, cifra vigente para el año de 1989.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Quindío, la contribuyente alega violación por parte del acto administrativo de los artículos 615, 617, 652, 691, 742, 890 y 933 del Decreto 624 de 1989; 187 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución Nacional, y cita en su favor el concepto 15280 de julio 5 de 1989 sobre el particular de la Dirección de Impuestos Nacionales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío, aún cuando no admitió la nulidad alegada accedió a las súplicas de la demanda considerando que la actora sí expidió un documento equivalente a la factura, cual fué el tiquete de la

máquina registradora, que conservaba copia de cada una de las operaciones que realizaba y que en los actos acusados la Administración no cuestionó tales hechos.

Estima que además, el artículo 827 del mismo decreto hace referencia solamente a los registros que debe contener la factura, sin hacer mención de los que debe contener el tiquete de la máquina registradora, como documento equivalente a ella, por lo que concluye que los requisitos allí exigidos sólo lo son para las facturas y no para el documento equivalente que se imprime en la empresa utilizando máquinas especiales como lo son las registradoras, tal como se dice en el concepto No. 15280 de julio 5 de 1989 emanado de la Dirección de Impuestos Nacionales y que por lo tanto era improcedente la imposición de la sanción.

LA APELACION

La entidad demandada apela la sentencia, considerando que la exigencia de expedir facturas contenida en el artículo 615 del Estatuto Tributario, tuvo su origen en el artículo 23 del Decreto 2503 de 1987, obedeciendo a una política fundamental de la Administración Tributaria para controlar la evasión.

Argumenta que tan importantes son los requisitos de la factura que la Ley 49 de 1990 se ocupa nuevamente del tema, adicionando el Estatuto Tributario para exigir que el nombre y el NIT del vendedor o de quien presta el servicio, deba estar previamente impreso en el documento a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar.

Luego trae a colación la definición que del término "equivalente", hace la Real Academia de la Lengua para concluir que el documento equivalente impreso en máquina registradora debe cumplir como mínimo los requisitos exigidos para la factura.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada pero por razones distintas a las expuestas por el Tribunal, porque el planteamiento que él hace, distinguiendo entre documentos que son mandados a imprimir por el empresario y documentos que se imprimen en la misma empresa, utilizando máquinas especiales es inaceptable, porque el artículo 617 no hace tal distinción y porque la norma se refiere, de manera expresa, a los documentos conocidos como facturas y no a documentos semejantes o equivalentes. Por esta razón, concluye que el cargo no puede prosperar.

Considera así mismo inaceptable la afirmación que hace el *a-quo* en el sentido de que el Jefe de Unidad de Liquidación puede imponer sanciones, cuando la competencia no esté adscrita a otro funcionario porque la competencia para imponer sanciones debe estar expresamente determinada en la ley y no puede deducirse de un simple razonamiento. Indica que las sanciones que este funcionario puede imponer, están expresamente señaladas por el artículo 619 del Estatuto Tributario y dentro de ellas no se encuentra la sanción cuestionada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El motivo fundamental de la apelación por parte de la entidad demandada, se refiere a establecer si la sociedad actora realmente se hizo acreedora a la sanción y a ello procede la Sala.

Para la fecha de la imposición de la sanción ya estaba vigente el Estatuto Tributario expedido mediante el Decreto extraordinario 624 de 1989 cuyos artículos 615, 617 y 619 son de suma importancia para determinar la procedencia de la sanción impuesta.

Dicen así los artículos:

Artículo 615. "Obligación de expedir factura.

Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta".

Artículo 617. "Requisitos de la factura.

Para efectos tributarios, las facturas a que se refiere el artículo 615 deberán contener:
a) Apellidos y nombres o razón social y número de identificación tributaria del vendedor o de quien presta el servicio.
b) Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.
c) Valor total de la operación".

Artículo 619. "En la correspondencia, facturas y demás documentos se debe informar el NIT.

En los membretes de la correspondencia, facturas, recibos y demás documentos de toda empresa y de toda persona natural o entidad de cualquier naturaleza, que reciba pagos en razón de su objeto, actividad o profesión, deberá imprimirse o indicarse, junto con el nombre del empresario o profesional, el correspondiente número de identificación tributaria".

La interpretación armónica de las normas transcritas permite concluir en principio, que si la ley ordena que la factura lleva el nombre y NIT de quien la expide, así mismo el documento equivalente debe llenar estas exigencias, más aún cuando el artículo 619, transcrito, exige el requisito de nombre y NIT no sólo para las facturas sino para los recibos y demás documentos de toda empresa, documentos entre los cuales se incluye el tiquete de registradora, que reemplaza la factura.

Sin embargo, observa la Sala que la Administración de Impuestos Nacionales al imponer la sanción se basó exclusivamente en el artículo 617 del Estatuto Tributario, que determina los requisitos allí exigidos sólo para la factura y no para el documento equivalente. Exigencias que sólo vinieron a concretarse para este último mediante la Ley 49 de 1990 y sus Decretos reglamentarios 422 y 836 de 1991, invocados por el apelante, pero que en manera alguna pueden servir de fundamento a la sanción dado el carácter no retroactivo de la ley.

Además, como bien lo expone el *a-quo*, la propia Dirección de Impuestos en el concepto No. 015280 de julio 5 de 1989, al referirse al "documento equivalente", consideró como tal a los tiquetes de las máquinas registradoras, manifestando, que los requisitos e información que ellos debían contener no estaban establecidos ni en el Código de Comercio, ni en el artículo 23 del Decreto 2503 de 1987, y si bien el concepto que cita el Tribunal no es obligatorio, si permite inferir que al carecer de precisión sobre los requisitos que debía contener el documento equivalente, indujo en error a los contribuyentes al manifestar que el tiquete de la máquina registradora no tenía requisito alguno. Por ello no procede imponer una sanción cuando al verificar la cinta de la máquina registradora encuentra que carece de nombre, razón social y del número de identificación tributaria.

Todo lo anterior permite concluir a la Sala que el recurso no puede prosperar toda vez que el fallo anuló los actos demandados, dando aplicación a la legislación vigente al momento de su expedición y por ello habrá de confirmarse.

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

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia apelada.

2) RECONOCESE a la doctora María Cristina Londoño, como apoderada de la entidad demandada conforme con los términos del poder que obra a folio 107 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

REQUERIMIENTO ESPECIAL–Respuesta/**LIQUIDACION DE REVISION**

La administración sólo podía practicar la liquidación de revisión con posterioridad a la fecha de vencimiento de los tres meses y cinco meses que de conformidad con la ley tenía la actora para dar respuesta al requerimiento especial. No es de recibo el argumento de que los cinco (5) días adicionales a los tres (3) meses establecidos para contestar el requerimiento cuando la notificación se ha hecho por correo deban entenderse como días corridos y no como días hábiles, por cuanto es muy claro el texto de la ley en el sentido de que en los términos de días no deben incluir ni los feriados, ni los de vacancia en aquellos en que no haya atención al público.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3761. Actor: Seguros Comerciales Bolívar S.A. C) La Nación Apelación de la sentencia del 24 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto a las ventas por el 2o. bimestre de 1976. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la Dirección de Impuestos Nacionales contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 1991, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron a la contribuyente el impuesto a las ventas por el 2o. bimetre de 1976.

ANTECEDENTES

Los antecedentes del presente proceso son referidos por la parte actora en la relación de hechos de la demanda así:

"El contribuyente presentó portunamente su declaración tributaria, junto con su liquidación privada por valor de $7'674.903.

"2o. Previo requerimiento especial, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por medio de la liquidación de revisión No. 06999 del 1 de septiembre de 1978, estableció los impuestos de ventas a cargo de la sociedad demandante por el II Bimestre de 1976 en cuanto a de $10'468.546 así como una sanción por inexactitud en cuantía de $2'793.643.

"3o. Oportunamente la Compañía que represento interpuso recurso de reconsideración contra la liquidación de que trata el punto anterior, pidiendo: 1) la nulidad de la liquidación oficial. 2) la no adición de los ingresos por valor de $18'624.285, y 3) la revocatoria de la sanción por inexactitud.

"4o. La división de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por medio de la resolución No. 00197 del 4 de noviembre de 1988, resolvió el recurso interpuesto, confirmando la liquidación de revisión.

"En esta forma los impuestos establecidos en la etapa administrativa ascienden a $10'468.546 las sanciones a $2'793.643, para un total de $13'262.189.

"5o. La última resolución mencionada fue notificada el 6 de diciembre de 1988". (Fol. 3).

Adicionalmente la actora formuló demanda contenciosa ante el Tribunal citando como disposiciones violadas las siguientes:

"1o. El artículo 92 del Decreto-ley 1651 de 1961, los artículos 27, 32, 43, 57 y 68 inciso 4o. de la Ley 52 de 1977.

"2o. El artículo 9o. de la Ley 145 de 1960, el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983.

"3o. El artículo 37 del Decreto 2815/74 y el artículo 10 del Decreto 1494/78.

"4o. El artículo 49 del Decreto 3803/82, el artículo 44 del Decreto 2503/87 y el artículo 15 del Decreto 3288/63.

"5o. El artículo 62 del C.R. P.M. y el artículo 3 del Decreto 952 de 1969". (Fol. 4).

Se alegó de una parte la existencia de una nulidad de la liquidación de revisión por haberse pretermitido el término señalado para la respuesta al requerimiento y se hicieron también en la demanda consideraciones de fondo sobre cada uno de los rubros objeto de discrepancia en la liquidación oficial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo* le dió prosperidad en la sentencia al cargo sobre nulidad aceptando que se dió la pretermisión del término señalado para la respuesta al requerimiento especial que había sido planteada por el demandante y por tanto, absteniéndose de estudiar los demás cargos produjo sentencia favorable a las pretensiones de la actora.

LA APELACION

El Ministerio de Hacienda – División General de Impuestos Nacionales – plantea la apelación solicitando la revocatoria de la sentencia impugnada expresando lo siguiente:

"Dado lo anterior y con el debido respeto que me caracteriza disiento del pronunciamiento plasmado en la sentencia que ahora apelo por lo siguiente: El Requerimiento especial No. 612 es de fecha mayo 26 de 1978, luego el plazo de tres días para dar respuesta a dicho acto administrativo, artículo 43 Ley 52/77 vencían el 26 de agosto del mismo mes y año. Ahora bien, el artículo 68 numeral 4o. del mismo ordenamiento jurídico dispone que cuando dichos actos administrativos se notifiquen por correo, los términos para la respuesta se entienden prorrogados por cinco días. De las anteriores precisiones, se colige con claridad que si el término precluido el 26 de agosto los cinco días van hasta el 31 del mismo mes y año, en razón de que el artículo 68 numeral 4o. prorroga dicho término por cinco días, nunca se refiere a hábiles.

"Es más, la palabra utilizada es "prórroga" que significa continuar con lo que se venía haciendo era lo ordenado en el artículo 43 que señala un término de fecha a fecha, nunca hábiles, en consecuencia si dicho plazo se prorroga significa que deberán contarse cinco días más en igual forma de la que se venía haciendo.

"Si la ley 52/77 no distinguió en su artículo 68, no es dable al intérprete hacerlo, ella simplemente estipuló que si el Requerimiento Especial se notificare por correo, el plazo para la respuesta debía prorrogarse por cinco días más, pero jamás indicó que los referidos días fueran hábiles, luego dicho término venció el 31 de agosto de 1978, y la notificación de la liquidación de revisión el día 1o. de septiembre está hecha en debida forma, razón por la cual solicito al H. Magistrado conductor del proceso revocar la Sentencia materia de apelación y consecuencialmente confirmar la sanción por inexactitud impuesta a la Sociedad de autos por el Segundo Bimestre de 1976". (Fl. 121).

CONCEPTO FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto de la Corporación en su vista de fondo conceptúa con apoyo en lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 que obró bien el Tribunal al decretar la nulidad originada en la pretermisión del término señalado para la respuesta según la siguiente consideración:

"Rige en materia tributaria el principio de que no hay nulidad si la ley no la ha consagrado taxativamente como tal, y por esto, la Fiscalía acorde con lo expuesto por el Tribunal, conceptúa, que le asiste razón a la demandante, pues debiéndose contar el aludido término a partir del 26 de mayo de 1978, vencía, conforme al artículo 67 ordinal 2o. del Código de Régimen Político y Municipal, el 1o. de septiembre de ese año, por lo cual la liquidación de revisión practicada y notificada en esta misma fecha, pretermitió el plazo consagrado en la ley para la contestación al requerimiento especial, no obstante estar facultada la contribuyente para la utilización total del mismo". (Fl. 156).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala al análisis del aspecto formal de la litis que está referida a la invocación que se hace en la demanda de la presencia de una nulidad, en el proceso de liquidación de revisión, es que se mencionan en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977. De ser cierta la existencia de dicha nulidad como la encontró cierta el Tribunal y lo corrobora la Agencia Fiscal, se confirmará la sentencia. De no, se revocará ella y se procederá al estudio de las cuestiones de fondo.

Se plantea por la actora que en el presente caso el requerimiento especial se notificó por correo certificado el 26 de mayo de 1978 y que en consecuencia el término para dar respuesta al requerimiento especial, que para la época era de tres (3) meses y cinco (5) días, vencían el día 1o. de septiembre de 1978 y que como la liquidación oficial se notificó el día 1o. de sep-

tiembre de 1978, se violaron las normas invocadas como tales ya que se recortó en un (1) día el término para responder.

En efecto observa la Sala que según consta a folio 96 (marcador negro) del cuaderno de antecedentes el requerimiento especial se notificó por correo en la misma fecha de su expedición el 26 de mayo de 1978. En los cuales, los tres meses y cinco días que de conformidad con la ley tenía la actora para dar respuesta a dicho requerimiento vencían el 1o. de septiembre de 1978. Ello significa que la administración sólo podía practicar la liquidación de revisión con posterioridad a esa fecha. Como se admite que la liquidación fué practicada el mismo 1o. de septiembre es dable concluir que se vulneró, recortándolo en un (1) día el término para contestar, que sin lugar a dudas está consignado por la ley en favor del contribuyente. Alega la apelante que la actora no ha probado ni siquiera sumariamente el hecho de que la verificación del requerimiento se haya efectuado por correo, supuesto fáctico de la norma que aduce violada. No obstante claramente, se observa que en la copia del requerimiento que obra en los antecedentes administrativos (fl. 96 marcador negro, cuadro de antecedentes) aparece el sello de introducción al correo con fecha de mayo 26 de 1978.

De otra parte es claro para la Sala que no puede ser de recibo el argumento de la apelante en el sentido de interpretar que los cinco (5) días adicionales a los tres (3) meses establecidos para contestar el requerimiento cuando la notificación se ha hecho por correo deban entenderse como días corridos y no como días hábiles, por cuanto es muy claro el texto de la ley en el sentido de que en los términos de días no deben incluir ni los feriados, ni los de vacancia en aquellos en que no haya atención al público (art. 67 del Código Civil y 62 del Código de Régimen Político y Municipal).

Por las razones anteriormente expuestas y en acuerdo con la Fiscalía se hace menester confirmar la providencia del Tribunal.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, entablado por el señor Juan Rafael Bravo Arteaga contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a las ventas por el segundo bimestre de 1976.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen y cumplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sección; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,* Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO–Efectos/**VIA GUBERNATIVA**–Agotamiento

El agotamiento previo de la vía gubernativa como condición de la demanda para que sea admisible según el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo es el que se encuentra definido en el mismo código en el artículo 63 y que se refiere a los "recursos". Pero la revocación directa no corresponde a la noción de los recursos que tienen la virtud de dar por agotada la vía gubernativa y que abre paso a la contenciosa. Por eso en forma expresa el artículo 72 del C.C.A. regula el tema consagrando la ineficacia de las peticiones de revocatoría para revivir términos, y para la operancia del silencio administrativo. Esas son consecuencias de su naturaleza especial que la diferencian de los recursos propiamente dichos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3933. Actor: Ofelia Medina de Macías C/La Nación. Apelación Interlocutorios –Auto–.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la señora OFELIA MEDINA DE MACIAS contra el Auto del 30 de agosto de 1991, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda presentada en su nombre. Versó la citada demanda contra la Resolución 04–219 de octubre 16 de 1990, por medio de la cual la Dirección de Impuesto de Renta por el año de 1974 que se produjo el 18 de mayo de 1977.

El Auto inadmisorio se fundamentó en el Artículo 72 del Decreto 01 de 1984 según el cual la petición de revocatoria directa, ni su decisión, reviven los términos para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni dan lugar a aplicación de silencio administrativo.

El apelante impugna la aplicación de dicho Artículo por estimar que con la tesis del Tribunal se contraría el Artículo 83 del C.C.A. en cuanto consagra el control jurisdiccional en forma general sobre toda la actividad administrativa y excluir las resoluciones de revocatoria significaría establecer una excepción no contemplada en la ley y desconocer que ella en sí misma constituye un acto administrativo. Además se basa en que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7o. del Decreto (de Emergencia Económica) número 3747 de diciembre de 1982 los recursos que llevaren más de dos años se consideraron fallados a favor del contribuyente y el de su mandante cumplía tal condición, por lo que debía entenderse fallado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La solicitud de revocatoria presentada por la demandante el 14 de julio de 1978 contra su liquidación del Impuesto sobre la Renta de 1974 (notificada en mayo 18 de 1977), se basó en no habérsele tenido en cuenta una supuesta adición a su declaración en la cual según dijo, había cumplido los requisitos que omitió inicialmente. No encontraba en los archivos oficiales la mencionada adición, negó la revocatoria y confirmó la liquidación de revisión.

El acto administrativo que determinó la obligación tributaria por el año de 1974 fue la liquidación de revisión de mayo de 1978. La solicitud de revocatoria directa regulada inicialmente por el Decreto 2733 de 1959, con fundamento en el Artículo 45 de la Constitución Nacional de 1886 y que hoy está regulada por los Artículos 69 a 74 del Decreto 01 de 1984, no era propiamente "un recurso" sino una petición especial para que la administración revocara su propio acto cuando se incurría en manifiesta violación de la Constitución o de la ley o se causaba un agravio injustificado al particular. Los que tenían el verdadero carácter de recursos eran, en el terreno de los actos liquidatorios de Impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, los que consagraba la Ley 52 de 1977, concretamente el recurso de reconsideración que debía interponerse dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la liquidación.

El agotamiento previo de la vía gubernativa como condición de la demanda para que sea admisible según el Artículo 135 del C.C.A. es el que se encuentra definido en el mismo Código en el Artículo 63 y que se refiere a los "recursos", regulados en forma general en el mismo Código en los Artículos 49 a 55 y en forma especial, como ya se indicó, por la Ley 52 de 1977.

Pero la revocación directa no corresponde a la noción de los recursos que tienen la virtud de dar por agotada la vía gubernativa y que abre paso a la contenciosa. Por eso en forma expresa el Artículo 72 invocado por el Tribunal regula el tema consagrando la ineficacia de las peticiones de revocatoria para revivir términos, y para la operancia del silencio administrativo. Esas son consecuencias de su naturaleza especial que la diferencian de los recursos propiamente dichos.

Por la misma razón debe considerarse que, "los recursos" que dio por resueltos el Artículo 7o. del Decreto 3747 de 1982, como medida de descongestión de las entidades oficiales, fueron los calificados por la ley como tales, o sea, los recursos ordinarios consagrados con la virtud de poder agotar la vía gubernativa.

Por lo brevemente expuesto es del caso confirmar la decisión del Tribunal, no sin recordarle a éste que según reiterada jurisprudencia de esta Sección para determinar la cuantía de los juicios contenciosos de impuestos no se toman en cuenta los intereses causados o por causar, puesto que el objeto del proceso es la determinación de la obligación tributaria, independientemente de las consecuencias de cancelación oportuna o fuera del término, aspecto que tiene que ver con el pago más nó con la determinación del quantum.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el Auto inadmisorio de la demanda, objeto de este recurso de apelación.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DIRECCION PARA NOTIFICACIONES–Cambio

Estando procesalmente acreditado que, a tiempo de la expedición y notificación de la liquidación impugnada, la administración no solamente debía tener conocimiento de la nueva dirección para efectos fiscales suministrada por la contribuyente en sus declaraciones tributarias, sino que de hecho la conocía, por eso la afirmación según la cual la administración no disponía de información sobre la modificación o cambio, es inexacta y contraria a la preceptiva de esta norma (Decreto 2821 de 1974). Si el cambio de dirección se efectúa por medios distintos de las declaraciones tributarias, el pertinente escrito debe estar dirigido a la administración de impuestos que hubiere radicado la última declaración, sin mezclar la información "con temas diferentes".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3779. Apelación sentencia de 7 de junio de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre las ventas del Primer bimestre de 1975. Actor: Aviones de Colombia, S. A. Fallo.

El Director de Impuestos Nacionales, por conducto de apoderado, apela de la sentencia de 7 de junio de 1991, estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento en materia del impuesto sobre las ventas del primer bimestre de 1975, promovido por la sociedad AVIONES DE COLOMBIA, S. A., contra la liquidación de revisión

No. 05358 de 30 de marzo de 1977 y la resolución No. 0043 de 6 de octubre de 1986, expedidas por las unidades de auditoría y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la Instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, el acto liquidatorio modificó la liquidación privada del ejercicio, por el rechazo de "ventas exentas" ($7.537.212) y "descuentos" ($68.717) no demostrados, e impuso sanciones "por inexactitud en las ventas declaradas" e "inexactitud en los impuestos descontables".

El recurso gubernativo fue desechado, por extemporáneo.

LA DEMANDA

Afirma, en lo esencial, que la liquidación impugnada no se notificó en la fecha que reza su texto, es decir, el 30 de marzo de 1977, sino el 10 de diciembre de 1979, fecha en la que, dándose por enterada la contribuyente de tal documento, solicitó su copia, caso en el que la notificación habría quedado fuera del término previsto por el artículo 11 del decreto 2821 de 1974, vigente en esa oportunidad.

Explica, que si bien en la declaración del período, presentada el 31 de marzo de 1975, se había informado como dirección la carrera 9a. No. 16-51, oficina 406, de Bogotá, en las declaraciones por los bimestres 1o. a 6o. de 1976, ésta última radicada el 31 de enero de 1977, poco antes de expedirse la liquidación impugnada, repetidamente se había registrado, como nueva dirección, la calle 26 No. 4A-45 de Bogotá, dirección reportada también en la declaración de renta por 1975, radicada el 13 de mayo de 1976.

Agrega, que con fecha 11 de marzo de 1977, la administración envió el requerimiento No. 706, a la anotada nueva dirección, que se respondió con oficio de 21 de los citados mes y año, ratificándose en éste la dirección: calle 26 No. 4A-45, piso 8o.

Y que, sin embargo de ello, la liquidación acusada aparece librada a la carrera 9a. No. 15-51, oficina 406, esto es, la antigua dirección, por la cual sólo se recibió con ocasión de la solicitud de copia ya aludida.

La actuación habría violado, también el artículo 18 del mismo decreto 2821 de 1974, que dispone notificar las liquidaciones de renta y ventas, conforme a los a los artículos 19, 20 y 21 del decreto 1651 de 1961 y, en especial, el artículo 19 que ordena la notificación, entre otras formas, por envío

de un ejemplar de la liquidación a la última dirección informada; igualmente, el artículo 17 del mismo decreto, sobre la obligación del contribuyente de informar una dirección en sus declaraciones de renta y ventas y, de la administración, si hubiera remitido la liquidación a dirección distinta de la registrada o posteriormente informada, de corregir el error en cualquier tiempo, remitiéndola a la dirección correcta, caso en el que los términos solo se cuentan desde la notificación en forma.

Del mismo modo, los artículos 13 y 14 ib., referentes a que la liquidación oficial contenga la dirección y lugar del domicilio y a la obligación de corrección de errores, de oficio o a solicitud de parte, habilitándose los plazos para cobrar la liquidación y recurrirla, desde la fecha del aviso de corrección dado al contribuyente. También las disposiciones en materia de los recursos procedentes y su trámite, principalmente las contenidas en los artículos 53, 54, 55 y 56 de la ley 52 de 1977, en armonía con el 55 del decreto 1651 de 1961, destacándose la morosidad de la administración en resolver el recurso interpuesto, con violación del debido proceso, según el artículo 26 de la Constitución.

Por otro lado, el desconocimiento de las ventas exentas configuraría el quebrantamiento del artículo 8o., num. 4o., del decreto 1988 de 1974, en consonancia con los artículos 12 del decreto 584 de 1975 y 10 del decreto 2803 de 1975, ya que dichas ventas se habían probado con la contestación del requerimiento, mediante la certificación del INCOMEX y los respectivos registros de importación.

Además, habiéndose cumplido, en la declaración de ventas, las formalidades del artículo 16, num. XI del decreto 2815 de 1974, para el reconocimiento de los descuentos por impuestos pagados en aduanas, según relación de comprobantes de recibo certificada por contador público, en los términos del artículo 25 del decreto 2815 de 1974, resultaría manifiesta la transgresión de los artículos 10, letra e), ib., 5o. del decreto 2821 de 1974 y 26 y 27 del decreto 1988 de 1974.

Así las cosas, desvirtuada la procedencia de los rechazos, no habría lugar a la aplicación de las sanciones determinadas por la administración, infringiéndose los artículos 28 de la Constitución Nacional, 15 del decreto 3288 de 1963 del decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA

Se pronuncia, en primer término, sobre la "excepción de falta de personería para actuar de la apoderada del actor", propuesta por la opositora, no encontrándola demostrada.

Respecto de las alegadas falta de notificación y extemporaneidad de la liquidación de revisión, observa que, de conformidad con el artículo 18 del

decreto 2821 de 1974 y el 19 del decreto 1651 de 1961 a que aquél remite, la notificación se debía surtir personalmente, o por envío de la liquidación a la última dirección informada; y que, obrando en el expediente la declaración de ventas por el primer bimestre de 1976, presentada el 1o. de marzo del mismo año, y las correspondientes a los bimestres 2 a 6 de 1976, presentadas antes del 30 de marzo de 1977, en las que se señala como dirección la calle 26 No. 4A-45, se debía entender que la contribuyente había comunicado oportunamente y por un medio idóneo el cambio de dirección, estando llamado a prosperar el cargo.

Adicionalmente, el hecho de que el requerimiento ordinario de 10 de marzo de 1977 se remitiera a la dirección corregida, demostraría que la administración conocía el cambio de dirección y que a éste ha debido enviar la liquidación oficial, en el entendimiento de que la corrección provista por el artículo 17 del decreto 2821 de 1974 se tenía que hacer dentro de los dos años establecidos para corregir la liquidación privada.

LA APELACION

Dice infringidos los principios de la igualdad de las partes frente a la ley y de la justicia y equidad, debido a la circunstancia de que la sentencia hubiera omitido el análisis de las alegaciones presentadas por la parte demandada, conducta que viciaría de nulidad la decisión por inobservancia del debido proceso, consagrado por el artículo 26 de la Constitución.

Repite que por la época en que la administración practicó y notificó la liquidación de revisión, no existía información sobre cambio de dirección, "en los términos previstos por el inciso final del artículo 17 del decreto 2821 de 1974", imponiéndose el envío de la liquidación a la dirección consignada en la declaración de ventas del período revisado y "última vigente en los registros de la Administración por entonces . . .", por lo cual dicho acto se encontraba ajustado a los artículos 19 a 21 del decreto 1651 de 1961, en conexión con el 17 del decreto 2821 de 1974.

Asímismo, que la contribuyente debió solicitar la restitución de términos y no interponer el recurso gubernativo, como lo hizo, porque éste resultaba extemporáneo y no agotaba la vía gubernativa.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante reproduce aspectos esenciales de la demanda, en lo que hace a la extemporaneidad de la liquidación de revisión, destacando la ausencia de prueba sobre las aseveraciones de la apelante, en el sentido de que la notificación del acto hubiera tenido lugar en la fecha consignada en el pliego del mismo, esto es, el 30 de marzo de 1977, en contraste con lo acreditado en el proceso sobre la fecha real de notificación.

Reafirma haber presentado el recurso gubernativo dentro del término legal, sin lugar, por tanto, a que se desestimara por inoportuno, puesto que tal calificación sería contraria a la realidad de los hechos demostrados.

Encuentra que el *a-quo* al acoger las razones y fundamentos jurídicos de la demanda, afirmó "que las razones de hecho y de derecho alegadas por (la demandada) no desvirtúan los argumentos del demandante, sin que se dé motivo para alegar que se ha vulnerado su derecho de defensa. . .". (Paréntesis fuera de texto).

Además, de la confirmación de la sentencia, pide rectificar error aritmético en que habría incurrido ésta en la fijación de los impuestos descontables, y se declare que, fuera de no existir sumas a cargo de la sociedad, el valor que debe devolver la administración es el fijado en la liquidación privada, en suma de $ 134.855.

La demandada, por su parte, insiste en los planteamientos de su recurso, estimando, adicionalmente, que la decisión del *a-quo* no es congruente con las consideraciones previas, pues, según éstas, se habría aceptado el argumento de la demandante, de ser inexistente el acto liquidatorio, en cuyo caso cabía un pronunciamiento inhibitorio, porque no es anulable lo inexistente, mientras que lo decidido se concreta a la modificación del acto.

De otro lado, que al declararse "sin impuesto a las ventas por el primer bimestre de 1975 a la sociedad. . .", se habrían desbordado facultades, por resolverse sobre temas no propuestos en el petitum de la demanda, condenándose a la contraparte en objeto distinto, no obstante lo alegado por ésta, en contravía de los artículos 304 y 305 del código de Procedimiento Civil, configurándose un fallo ultra petita.

Igualmente, "en relación con la tercera decisión", que el Tribunal incurrió en impropiedad en el reconocimiento de la suma de $ 134.845 que, dijo, "corresponde al saldo a favor determinado en la liquidación practicada por el primer (1er.) bimestre de 1975. . .", pues no precisa a qué liquidación se refiere, si a la privada, "caso en el cual lo procedente era restablecer el derecho confirmando la declaración", o a la oficial, reconocimiento inadmisible, "toda vez que no pueden hacerse declaraciones sobre actos administrativos que se suponen inexistentes. . .".

EL CONCEPTO FISCAL

Aunque se pronuncia por la confirmación de la sentencia, estima que el *a-quo* "fué un tanto apresurado", ya que ni siquiera mencionó el artículo 11 del decreto 2821 de 1974, citado en la demanda, y que era la norma que confería el derecho a pedir que la liquidación privada se considerará en fir-

me, por no haber sido modificada oportunamente mediante liquidación de revisión.

Dicha norma habría sido violada indiscutiblemente por la administración, supuesto que, de acuerdo con lo probado en el proceso, la liquidación oficial había sido remitida a una dirección equivocada, debiendo presumirse que su destinataria no la recibió jamás y que solo vino a saber de su existencia y contenido, cuando ya se habían completado los dos años contemplados en el precitado artículo 11.

Admite que, como lo afirma el apoderado de la demandada, en el fallo no se examinan los planteamientos de ésta, pero no encuentra que los mismos desvirtuarán la ilegalidad de los actos acusados.

Por otro aspecto, que la resolución del recurso no objetó el cambio de dirección informado en las declaraciones de ventas, ni dió razones para que se tuviera por improcedente la interposición de recursos contra la liquidación, limitándose a decir que como no aparecía probado que la contribuyente hubiera conocido tal liquidación sólo el 10 de diciembre de 1979, el recurso interpuesto al día siguiente era extemporáneo.

Pero que era apenas elemental concluír que si la liquidación se había enviado a dirección equivocada, no existía notificación de tal acto, salvo prueba en contrario, que no allegó la administración, y que el hecho de que la sociedad no hubiera demostrado que sólo el 10 de diciembre de 1979 había conocido la liquidación, "no prueba absolutamente nada y menos la pretensión de la Administración de que en el proceso de notificación se cumplieron los términos del artículo 11 del decreto 2821 de 1974. . .".

LA SALA CONSIDERA:

Son acertadas las reflexiones del señor Fiscal Tercero, doctor Jaime Ossa Arbeláez.

En efecto, estando procesalmente acreditado que, a tiempo de la expedición y notificación de la liquidación impugnada, la administración no solamente debía tener conocimiento de la nueva dirección para efectos fiscales suministrada por la contribuyente en sus declaraciones tributarias, sino que, de hecho, la conocía, pues no otra cosa cabe inferir de que el 11 de marzo de 1977, unos días antes de la notificación de la liquidación en cuestión, hubiera requerido a aquélla mediante oficio remitido a dicha dirección modificada, la afirmación, según la cual, la administración no disponía de información sobre la modificación o cambio, conforme al artículo 17, inciso final, del decreto 2821 de 1974, es inexacta y contraria a la preceptiva de esta norma.

Si el inciso 1o. ordena al contribuyente fijar "una dirección, por cada declaración de renta o de ventas que presente", a la que se debe atribuír plena eficacia, "para efectos fiscales", sea que se trate de la misma dirección informada en declaraciones anteriores, o de una nueva, ya que ahí no se hace distinción alguna, el correcto entendimiento del inciso final es, pues, el que si el cambio de dirección se efectúa por medios distintos de las declaraciones tributarias, el pertinente escrito debe estar dirigido a la administración de impuestos que hubiere radicado la última declaración, sin mezclar la información "con temas diferentes".

Pero dado que, según se vió, el cambio se reportó, no mediante memoriales o escritos separados, sino en declaraciones tributarias, es manifiesto que el inciso final del citado artículo 17 del decreto 2821, en que se funda la apelante, no tiene aplicación alguna al caso.

Por otra parte, no es cierto que el recurso gubernativo no sea medio idóneo para impugnar la falta de notificación oportuna de la liquidación, pues, por expresa disposición de los artículos 23 y 29 del mismo decreto 2821 de 1974, los funcionarios, incluso de oficio, podían corregir "los errores de los actos sometidos a su conocimiento", y a los contribuyentes se otorgaba el derecho procesal de alegar "causales de nulidad", independientemente del motivo de éstas, o de la índole u origen de los "errores", aparte de que cuando el artículo 24–2 ib, habla de expresar concretamente "los motivos de inconformidad", lo nace sin ninguna restricción en cuanto a la naturaleza de éstos.

Por lo que concierne a cuestiones no propuestas originalmente como razones para apelar (así, las supuestas "incongruencias" o "impropiedades" del fallo), es obvio que las mismas no pueden tener relevancia en un alegato de conclusión, tal si el término de éste constituyera una especie de prolongación del plazo para recurrir, de suyo preclusivo e improrrogable, como cualquier otro. Con todo, es fácil advertir que por parte alguna el fallo pregona o declara la "inexistencia" de la liquidación oficial, sino que la modifica en consonancia con las pretensiones de la demanda, en el sentido de reconocer las ventas exentas y los descuentos reclamados. Que de aquí emerjan firmes los factores de liquidación privada, es apenas consecuencia de tales reconocimientos.

Finalmente, si bien las decisiones judiciales deben analizar, entre otros elementos, "los argumentos de las partes", conforme el artículo 170 del decreto 01 de 1984, es palmario que los notoriamente supérfluos o carentes de fundamento se deben desestimar, entendiéndose haber operado el rechazo implícitamente, por el sólo hecho de haber razonado en sentido contrario, o valorado pruebas que se oponían directamente al argumento de la parte.

En conclusión, habiéndose demostrado la ostensible inoportunidad de la liquidación de revisión atacada, como consecuencia del flagrante error en

que incurrió la administración en la notificación de la misma, el recurso que éste interpuso no está llamado a prosperar, debiendo confirmarse íntegramente el fallo recurrido.

No se accede a rectificar el "error aritmético" a que alude la actora, pues los guarismos que computó el *a-quo* fueron los determinados en la liquidación de revisión, caso en el cual se ha debido pedir la corrección en la vía gubernativa, lo que no se hizo.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La doctora DORA EMILIA SANCHEZ GUTIERREZ tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAUCION/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El artículo 867 del Estatuto Tributario que en su primera parte se refiere a las demandas ante el Contencioso Administrativo en materia de Impuesto sobre la Renta, dispone que para interponerlas "no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración" lo anterior tiene su origen en el parágrafo del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 que siempre se ha considerado como una norma especial y de preferente aplicación sobre la regulación general sobre pago previo o caución consignada en el C.C.A. Pero dicho carácter no fue afectado por la inexequibilidad decretada por la Corte Suprema de Justicia a la mayor parte del artículo 140 del C.C.A. porque el fallo lo que hizo fue suprimir los eventos de consignación o depósito para poder demandar y dejó a salvo la de la caución a satisfacción del Magistrado Ponente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 3956. Actor: Guillermo León Cerro Santis C/La Nación. Apelación Interlocutorios –Auto–.

Se decide el recurso de APELACION interpuesto por el demandante CONTRA EL AUTO INADMISORIO del 2 de octubre de 1991 dictado por el Tribunal Administrativo de Sucre, recurso que fue concedido por Auto del 21 de octubre de 1991, después de varias incidencias procesales.

Antes de entrar en materia no puede pasar desapercibida la Sala al manejo procesal equivocado que se le ha dado al negocio, originado también en errores del señor apoderado. En primer lugar se debe aclarar que el negocio es de dos instancias porque la demanda fijó la cuantía en $ 1'161.000 correspondiente al mayor valor del Impuesto de Renta liquidado según el renglón 40 de la liquidación impugnada.

La corrección posteriormente solicitada con base en un informe del saldo de la deuda según la Administración de Impuestos no puede considerarse como tal, porque incluye la cifra de $426.000 por sanción que no fue incluída en la demanda inicial ni está impugnada, y la cifra de $ 1'041.000 de intereses porque según reiterada jurisprudencia éstos no se computan para determinar la cuantía. La pretendida corrección carece de efectos puesto que el negocio desde un principio era de dos instancias porque la cuantía sobrepasaba el límite de $ 1'120.000 vigente desde el 1o. de enero de 1990 hasta diciembre 31 de 1991, según el Artículo 4o. del Decreto 597 de 1988.

Por ser el negocio de dos instancias el Auto inadmisorio debía dictarlo la Sala, como efectivamente vino a hacerlo el 2 de octubre, con derecho a recurso de apelación según el inciso final del Artículo 26 del Decreto 2304 de 1989 que modificó al 143 del C.C.A.

El Auto para corregir la demanda que dictó el ponente observó como deficiencias formales la falta de cita de los fundamentos legales y la de prestar caución por el 10% de la cuantía de $ 1'161.000 fijada por el mismo actor. Cumplida la corrección con relación al primer aspecto, el debate se ha centrado en lo relativo a la caución.

LA SALA CONSIDERA:

La controversia se ha limitado al tema de si es necesario prestar caución para que sea admitida la demanda contra los actos de determinación del Impuesto sobre la Renta. El Tribunal y el Ministerio de Hacienda han propugnado por la necesidad de prestar caución por considerar que la caución de que trata el Artículo 140 del C.C.A. nada tiene que ver con la consignación a que se refiere el Artículo 867 del Estatuto Tributario.

Este Artículo que en su primera parte se refiere a las demandas ante el Contencioso Administrativo en materia de Impuesto sobre la Renta dispone que para interponerlas "no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración"; lo anterior tiene su origen en el parágrafo del Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 que siempre se ha considerado como una norma especial y de preferente aplicación sobre la regulación general sobre pago previo o caución consignada en el Código Contencioso Administrativo, y primero en el Artículo 86 del Código anterior

al vigente (Ley 167 de 1941) y ahora en el Artículo 140 del Decreto 01 de 1984.

Pero el carácter de preferente aplicación de la norma especial, no fue afectada por la inexequibilidad decretada por la Corte Suprema de Justicia a la mayor parte del texto del citado Artículo 140 del Decreto 01 de 1984 –C.C.A.–, porque el fallo citado lo que hizo en resumen fue suprimir los eventos de consignación o depósito para poder demandar y dejó a salvo y como condición única la de la caución a satisfacción del Magistrado Ponente. Suprimido el texto o apartes declarados inexequibles por la Corte en el fallo del 25 de junio de 1991 en el expediente 2273 el Artículo 140 quedó así:

> "ARTICULO 140.– Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto"

De la misma manera como se entendió antes de este fallo que la disposición de la Ley 8a. de 1970 (Artículo 9) incorporada hoy en el primer inciso del Artículo 867 del Estatuto Tributario significaba que no era necesario ni consignar, ni prestar caución para demandar ante esta jurisdicción los actos liquidatorios del Impuesto sobre la Renta, de la misma manera, se repite, debe entenderse hoy la prevalencia del Artículo 867 del Estatuto Tributario.

Conviene consignar a título informativo que el segundo inciso del Artículo 867 del Estatuto (originado en el Art. 93 de la Ley 9a./83) y que exige caución del 10% para demandar actos de liquidación del Impuesto a las Ventas tiene también aplicación preferente en el sentido de que la "caución a satisfacción del ponente" es la del 10% del valor discutido pero, se repite, esta norma se relaciona con demandas relativas a Impuesto sobre las Ventas.

De lo anteriormente expuesto se deduce que para la Sala no le asistió razón al Tribunal de Sucre para exigir caución, ni consignación alguna para admitir la demanda relativa a liquidación de Impuesto sobre la Renta, siendo necesario revocar la providencia que así lo dispuso.

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

RESUELVE:

1o. REVOCASE el auto apelado.

2o. Vuelva al Tribunal de origen para que, si se cumplen los demás requisitos formales, admita la demanda presentada por el señor GUILLERMO LEON CERRO SANTIS.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse el auto de marzo 27 de 1992. Exp. 4053, Actor: Autopartes Eléctricas y Electrónicas S.A., Ponente: Dr. GUILLERMO CHAIN LIZCANO.

COSA JUZGADA/LEY EN EL TIEMPO/ERGA OMNES/ SENTENCIA DE NULIDAD–Efectos

Declarada la nulidad de la disposición que sirvió de sustento al acto administrativo, esto es del artículo 21 del Código 107 del Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial de Bogotá, implica que la misma fue retirada del ordenamiento jurídico desde la fecha de la sentencia y que al carecer de vigencia no puede aplicarse para definir situaciones que por estar *sub-judice* no se consolidaron de manera definitiva, así se hubieran gestado durante su existencia. No es admisible la posición de solicitar la aplicación de la norma anulada para decidir el caso *sub-lite* pues ello implicaría permitir que una norma anulada, continuara produciendo efectos hacia el futuro en contravención no sólo de la ley sino del principio de la cosa juzgada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3662. Actor: Colombiana de Tabaco S. A., Nit. 909000043. Apelación de la Sentencia del 22 de marzo de 1991. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Industria y Comercio año gravable de 1983. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 22 de marzo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió

a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "COLOMBIANA DE TABACO S. A." NIT. 909000043, contra el acto administrativo mediante el cual la Dirección de Impuestos Distritales le cuantificó el gravamen de Industria y Comercio a cargo para el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó la declaración de Industria y Comercio correspondiente al año gravable de 1983, el día 30 de Abril de 1984 y se determinó un promedio de ventas brutas así:

a) Por la actividad industrial ingresos anuales gravables de $85.085.475 sobre las cuales aplicó la tarifa del 7 o/oo para un impuesto mensual de $595.598 y anual de $7.147.176 luego de solicitar descuentos a la base gravable por valor de $3.388.502 por concepto de activos fijos.

b) Ingresos comerciales por $635.223.174 a través de sus agencias de ventas, suma de la cual se dedujo el 50% para conformar la llamada actividad comercial, para liquidar un impuesto anual de $2.858.508.

Revisada la declaración tributaria la Dirección Distrital de Impuestos, requirió a la sociedad contribuyente para que explicara los descuentos solicitados. Oída la respuesta al requerimiento la Dirección Distrital de Impuestos por medio de la liquidación No. 65564 del 26 de febrero de 1986, procedió a determinarle oficialmente el impuesto y sancionarla por inexactitud, pues a su juicio la contribuyente no tenía derecho a descuentos. En consecuencia estableció una diferencia a favor de la Tesorería por $5.113.549 y tasó la sanción por inexactitud en la suma de $8.893.128.

En desacuerdo la sociedad contribuyente recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación contra el acto administrativo de determinación del impuesto, alegando imposición de doble gravamen, falta de identidad en el sujeto pasivo, nulidad por no haberse indicado los recursos correspondientes e improcedencia de la sanción por inexactitud.

Mediante la Resolución No. 736 del 20 de Julio de 1986, la Dirección Distrital de Impuestos modificó la liquidación recurrida, reconociendo que la cuantía de la base gravable era idéntica a la declarada, pero tomó como base comercial gravable el 50% de la actividad industrial y reliquidó la sanción por inexactitud con base en las diferencias a favor de la entidad distrital.

Al conocer del recurso de apelación la Junta Distrital de Hacienda, confirmó mediante Resolución No. 166 de Noviembre 21 de 1986 totalmente la Resolución No. 736 de Junio 20 de 1986 apelada. Providencia con la cual agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Inconforme la sociedad contribuyente acude en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando al acto administrativo de ser violatorio de los artículos 16, 32, 197 numerales 2, y 215 de la Constitución Nacional; 32, 33, 34 y 35 de la Ley 14 de 1983; 1o. del Decreto 3070 de 1983 y 3o., 7o., 8o., 10, 15, 21 y 22 del Acuerdo 21 de 1983 del Consejo Distrital de Bogotá. Y en adición a la demanda, indica además como violados los artículos 37 y 76 de la Ley 83 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda y anuló los actos administrativos acusados, considerando que la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TABACO S. A., no es sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 14 de 1983, se prohibe a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y al Distrito Especial de Bogotá, establecer cualquier otro gravamen diferente al del consumo a la fabricación de cigarrillos, y que por lo tanto al gravar tal actividad con impuesto de Industria y Comercio, se impone un gravamen adicional con clara transgresión de la norma citada.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada, al apelar la sentencia, manifiesta no estar de acuerdo con la decisión de primera instancia al declarar que no procedía la excepción de indebida acumulación de pretensiones, e insiste en que si se analizan las situaciones planteadas por la sociedad contribuyente se puede establecer sin mayores esfuerzos que se incurrió en la indebida acumulación alegada.

Manifiesta que si bien el Consejo de Estado anuló el artículo 21 Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, los costos administrativos fueron proferidos en 1986 cuando la norma tenía plena vigencia y debe aplicarse obligatoriamente, sin que sea admisible, como aduce el Tribunal, que los efectos de una sentencia de nulidad deban aplicarse a todas aquellas situaciones no consolidadas, por cuanto se contraría el artículo 180 de la Ley 4a. de 1913.

Insiste en la aplicación de la sanción por inexactitud.

OPOSICION A LA APELACION

La sociedad actora se opone a las pretensiones formuladas en la apelación por la entidad demandada, reiterando los argumentos expuestos en la demanda e invoca en su favor el proveído de la sentencia en cuanto deniega

la excepción de indebida acumulación de pretensiones, aplica los efectos de la sentencia del 13 de octubre de 1989 a la situación *sub-lite*, en razón de no haberse consolidado los hechos fiscales referidos en la demanda.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmarse porque si bien, en principio podría pensarse que existió en la interposición de la demanda una indebida acumulación de pretensiones, al leer detenidamente se precisa que la argumentación esgrimida en la adición a la demanda, lo que logra es reforzar y dar mayores y mejores argumentos contra la decisión administrativa impugnada.

Que de otra parte es bien sabido que una vez declarada la nulidad del artículo 21 Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, así como los parágrafos 1o. y 3o. del artículo 84 del mismo acuerdo, ésta tiene efectos *Ex tunc*, lo que implica que tal decisión debe aplicarse a casos y situaciones aún no consolidadas en la fecha de expedición del fallo, sin que pueda la parte demandada alegar cuestiones que tan solo traducen informalidades poco relevantes ante la evidencia de la ilegalidad que servía como sustento a la actuación administrativa atacada.

Considera por lo tanto que una vez declarada la nulidad del código 107 del artículo 21 del Acuerdo 21 de 1983, era imperativo para el Tribunal darle aplicación al fallo proferido por el Consejo de Estado, puesto que la actuación administrativa tuvo como fundamento jurídico precisamente las disposiciones declaradas nulas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.– Indebida acumulación de pretensiones

Comparte la Sala la apreciación de su colaboradora fiscal en el sentido de que no existe en la demanda una acumulación indebida de pretensiones, pues en primer lugar, en el escrito de interposición del recurso contencioso se demanda la acción de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que viola el ordenamiento superior contenido, tanto en la Constitución Política como en la Ley 14 de 1983, y todo el fundamento de la violación se enfoca a demostrar que efectivamente el acto acusado contradice abiertamente las normas invocadas.

Igualmente al concretar las pretensiones de la demanda solicita se declare la nulidad del acto administrativo, y que la sociedad no está obligada a pagar al Distrito Especial sumas de dinero por los conceptos expuestos alternativamente en el petitum de la demanda.

La adición a la demanda, presentada el 24 de marzo de 1987 (Fls. 67 a 72 cdno. ppal) refuerza el concepto de la violación del ordenamiento superior por parte del acto administrativo y si bien expone que el Acuerdo 21 de 1983, no contiene norma que armonice con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 14 de 1983, enfoca tal cuestionamiento para deducir que el Director de Impuestos y la Junta Distrital de Hacienda debieron abstenerse de liquidar impuesto a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., dando preferente aplicación a la Ley 14 de 1983 y que al no hacerlo, incurrieron en violación de las normas superiores, hecho que genera la nulidad del acto administrativo de determinación del impuesto.

2.– Aplicación del artículo 21 código 107 del Acuerdo 21 de 1983

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo: "La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *"Erga Omnes"*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *Erga Omnes* pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

Lo anterior significa que el fallo de nulidad contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que necesariamente debe aplicarse a situaciones que no se hubieren consolidado de manera definitiva en vigencia de la norma.

Declarada la nulidad de la disposición que sirvió de sustento al acto administrativo, esto es del artículo 21 código 107 del Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial de Bogotá, mediante la sentencia del 13 de octubre de 1989 de esta misma Sala (proceso 2222), implica que la misma fué retirada del ordenamiento jurídico desde tal fecha y que al carecer de vigencia no puede aplicarse para definir situaciones que por estar *sub-judice* no se consolidaron de manera definitiva, así se hubieran gestado durante su existencia.

Resulta inadmisible la posición adoptada por el apoderado judicial, de la entidad demandada en el sentido de solicitar la aplicación de la norma anulada para decidir el caso *sub-lite*, pues ello implicaría permitir que una norma anulada, continuara produciendo efectos hacia el futuro en contravensión no sólo de la ley sino del principio de la cosa juzgada.

Comparte la Sala la decisión del *a-quo* que así lo considera y en consecuencia la sentencia apelada 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:

1) CONFIRMASE la sentencia del 22 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio No. 5626 correspondiente a la accion de nulidad y restablecimiento del derecho intentada por la compañía "COLOMBIANA DE TABACO S. A. NIT. 909000043, contra el acto administrativo que le determinó el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1983.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CUENTA CORRIENTE DEL IVA–Presentación/RESPONSABLE–Obligaciones/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS–Contabilización

Desde su iniciación del Impuesto a las Ventas en 1965 Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de una "cuenta corriente" cuyo saldo debe mostrar el quantum del impuesto. La ley quiso que fuera "una cuenta" y no una subcuenta, porque se requiere que no esté mezclada con otra clase de registros, aún los que sean a favor o a cargo del Estado e igualmente quiso que fuera una cuenta "Mayor o de Balance"; además en principio su localización corresponde al grupo de las cuentas del pasivo y no del activo, por estar diseñada para el común de los responsables. Es cierto que la técnica contable permite manejar en la cuenta del activo una cuenta corriente que normalmente arroje saldo crédito; empero en tal caso su manejo sería exactamente inverso al previsto en el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983. (II trimestre, IV y V bimestre de 1984).

PRUEBA CONTABLE–Ineficacia/CERTIFICACION CONTABLE–Ineficacia/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Es cierto que las certificaciones presentadas por el Revisor Fiscal ante las oficinas de Impuestos se consideran "suficientes" según el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 (norma que regula la prueba en la vía gubernativa) pero también es que, las mismas certificaciones para que cumplan el papel de pruebas en el juicio contencioso, por lo menos deben hacer referencia a los asientos contables y a los comprobantes internos y externos que los respaldan a fin de llevar al convencimiento a quien decide sobre la realidad de lo que se pretende probar. En este caso la certificación alude sobre la forma como se ha llevado la cuenta impuesto a las Ventas pero ni en forma global y menos individual hace referencia concreta a las cuentas y libros afectados ni a los soportes que sustentan los hechos por lo cual no puede aceptarse.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 3557 (Acumulado). Actor: Procesadora de Leches S. A. Impuesto Ventas –Fallo–.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, contra las sentencias del 15 de febrero y 1o. y 8 de marzo de 1991, por las cuales el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, instauradas por la compañía PROCESADORA DE LECHES S. A., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre las Ventas correspondientes al segundo trimestre, cuarto y quinto bimestre de 1984.

La acumulación de procesos se decretó por Auto del 29 de noviembre de 1991, teniendo en cuenta el Artículo 157 del Código de Procedimiento Civil y a petición del apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. PROCESO 3564. VENTAS 2o. TRIMESTRE DE 1984

Con base en el informe de visita y la respuesta al requerimiento especial, la Administración de Impuestos de Medellín, practicó la Liquidación Oficial 051 del 26 de septiembre de 1986. Rechazó los impuestos descontables que por la suma de $1'760.925 relacionó la sociedad en su declaración de ventas correspondiente al segundo trimestre 1984. Actuación que fué confirmada por la División de Recursos Tributarios en la Resolución 015 del 23 de septiembre de 1988, al resolver el recurso de reconsideración.

Ante la jurisdicción la contribuyente alega la nulidad de los actos administrativos y que en consecuencia se estime el valor del Impuesto de Ventas que en definitiva debe cubrir la sociedad y se calcule el monto de los impuestos pagados que la Administración le debe reintegrar.

Con cita de los Artículos 15 literal a), 27 y 28 del Decreto 3541 de 1983, que considera fueron violados, argumenta que por la actividad principal que ejecuta la empresa, no hay lugar al pago del Impuesto sobre las Ventas, porque se trata de productos que no causan el impuesto o, son exentos

de él, y por el contrario le resultan sobrantes que la Administración le debe devolver.

Por el segundo trimestre 1984, dice el apoderado, la sociedad canceló a sus proveedores Impuesto a las Ventas por $3'366.969 de los cuales solicitó como descontables solamente $1'760.000. En el mismo período la empresa vendió bienes diferentes de su actividad principal por $1'101.047 que originaron un impuesto de $100.095 que disminuído de los descontables dió como resultado un saldo a favor de la compañía de $1'660.830 que fué lo que relacionó en el renglón número 44 del formulario oficial.

Las partidas anteriores, dice el apoderado, fueron contabilizadas en una cuenta que denominó "Impuestos por Cobrar", que afectó con la proporción de los impuestos pagados a sus proveedores, cuyo valor fué plenamente identificado con los documentos que sirvieron de base a los asientos contables, y que en su opinión da los mismos resultados a que si hubiera utilizado la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar", de que trata el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

En sentencia del 8 de marzo de 1991, el Tribunal Administrativo de Antioquia, declaró la nulidad de la actuación impugnada y en firme la liquidación privada que por el período en cuestión presentó la sociedad recurrente, con los mismos argumentos en que se fundamentó para decidir la demanda correspondiente al quinto bimestre y cuyo texto transcribe en la sentencia.

LA APELACION

Obrando a través de apoderado la Administración de Medellín reclama la revocatoria de la sentencia apelada y se confirmen los actos impugnados.

Cuestiona la decisión del *a-quo* porque lo que se controvierte según él, no es la denominación de la cuenta que la empresa utilizó para registrar el Impuesto a las Ventas, sino la ausencia de la cuenta Mayor o de Balance, que debió abrir para la contabilización de aquél.

La empresa, anota, se limitó a trasladar de la cuenta "Otros Deudores Impoventas" a las subcuentas, "Saldos Impoventas" (Medellín), "Saldos Impoventas" (Chía) y "Administración de Impuestos Nales. – Impoventas".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando en su concepto de fondo, solicita se confirme la sentencia apelada.

Entiende la señora Fiscal que, de los documentos allegados al proceso, tales como el certificado del Revisor Fiscal de la empresa y los pronunciamientos de la misma Administración de Impuestos se "... extrae, que la contabilización de los descuentos se hizo, y si bien la objeción de ese punto gira en torno al cambio de denominación de la cuenta en la cual el registro tuvo lugar por la de IMPUESTO A LAS VENTAS POR COBRAR, no resulta evidentemente controvertidas, ni la vocación de descontable del gravamen contabilizado, ni su cuantía, ni la oportunidad para asentarlo en los libros y menos aún la de su inclusión en la declaración tributaria presentada por la sociedad".

2. PROCESO 3551. VENTAS 4o. BIMESTRE DE 1984

La Oficina Liquidadora de la Administración de Impuestos de Medellín, con base en el informe de visita efectuada por la Sección de Auditoría Interna – Impuesto sobre las Ventas y requerimiento especial, practicó la Liquidación de Revisión 050 del 26 de septiembre de 1986, que rechazó la totalidad de los impuestos descontables solicitados en cuantía de $ 1'867.948 en la declaración de ventas correspondiente al 4o. bimestre 1984.

Argumentó la dependencia oficial que en los libros de contabilidad de la compañía no figuraba la cuenta de MAYOR O BALANCE denominada "Impuesto a las Ventas por Pagar" en donde se debitan los impuestos pertinentes a los costos y gastos de producción, administración y ventas, infringiendo lo exigido por el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

La División de Recursos Tributarios en Resolución 057 del 29 de julio de 1988 que, desató el recurso de reconsideración que interpuso el apoderado de la empresa, confirmó la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa la contribuyente reclama la nulidad de los actos administrativos en cita y como restablecimiento del derecho, la jurisdicción estime el valor del Impuesto de Ventas que por el bimestre debe pagar la sociedad y el monto de los tributos pagados que le debe reintegrar la Administración.

En síntesis, alega el apoderado que por el cuarto bimestre 1984, la sociedad canceló a sus proveedores, impuesto a las Ventas por $ 3'000.720 de los cuales únicamente solicitó por impuestos descontables $ 1'867.948.

En el mismo período, dice, se vendieron bienes diferentes a los de la actividad principal por $ 604.552 que, generaron un impuesto a cargo de su representada de $ 54.957 que confrontados con los descontables dió como resultado un saldo a favor de la sociedad de $ 1'812.991.

Estas partidas, agrega, fueron contabilizadas en la cuenta denominada "Impuestos por Cobrar" que la Administración desconoció porque no se utilizó la cuenta, "Impuesto a las Ventas por Pagar" sustentándose en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, sin tener en cuenta que no hay diferencia de fondo al contabilizar el Impuesto a las Ventas en una cuenta del activo o del pasivo, siempre que se respalden los débitos y créditos de esta cuenta con documentos elaborados por los diferentes proveedores que satisfagan los requisitos de ley, que fué precisamente lo que hizo la sociedad como quiera que conserva en sus archivos las facturas que sirvieron de soporte a los registros contables.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 15 de febrero de 1991, anuló los actos impugnados. Estimó el *a-quo* que el sistema utilizado por la sociedad en la subcuenta "Impuesto a las Ventas por Cobrar", estuvo bien orientado bajo las técnicas contables, pues si una cuenta de naturaleza crédito, dice, siempre está dando un saldo débito, lo aconsejable es convertirla en cuenta activa como lo efectuó la sociedad, por ser productora de bienes exentos como lo son la leche y sus derivados.

LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado solicita se revoque la sentencia y se confirme la actuación impugnada porque, estuvo ajustada a derecho.

Al contrario de lo que opina el *a-quo* el problema dice, es de fondo. La contribuyente omitió un requisito esencial, llevar una cuenta MAYOR O DE BALANCE, sin que sea importante la denominación que a ella se le dé, cuenta que de ninguna manera podía ser sustituída por una subcuenta que fué lo que hizo la sociedad, amparada en que su contabilidad estaba respaldada con documentos internos y externos.

3. PROCESO 3557. VENTAS 5o. BIMESTRE DE 1984

Previo informe de visita practicada por la Sección de Auditoría Interna del Impuesto sobre las Ventas y requerimiento especial 028 del 30 de mayo de 1986, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, practicó la Liquidación de Revisión 052 que notificó el 26 de septiembre de 1986. Rechazó ésta el valor de $1'383.947, solicitado en la declaración de ventas del quinto bimestre 1984, como impuestos descontables, toda vez, dice la Oficina de Impuestos, que "en los libros de contabilidad registrados del responsable, no figura la cuenta Mayor o de Balance denominada Impuesto a las Ventas por Pagar, donde se debitan los impuestos correspondientes a los costos y gastos de producción, administración y ventas".

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, a través de la Resolución 001 del 16 de septiembre de 1988, confirmó la actuación oficial.

Incoada la acción contenciosa, la reclamante solicita se declare la nulidad de la operación administrativa en cita y que como consecuencia se estime el valor del impuesto que en definitiva debe cubrir la sociedad y así mismo se calcule el monto de los impuestos pagados que deben ser reintegrados a la firma.

Argumenta el apoderado judicial que en razón de la actividad principal de la empresa, el procesamiento de leche líquida, en polvo, y sus derivados y distribución de los mismos, no hay lugar al pago del Impuesto sobre las Ventas, porque o los productos no causan el impuesto o, son exentos. Que el tributo a cargo de la empresa se genera por la venta que excepcionalmente se hace de otros artículos que sí están gravados.

La empresa al adquirir los insumos necesarios para el desarrollo de su objeto principal, dice en síntesis, paga el Impuesto sobre las Ventas, que sometido al prorrateo de ley entre los bienes que no causan el tributo y los exentos de él, arroja un saldo que cruzado con el Impuesto sobre las Ventas ella debe pagar, generalmente deriva un valor por cobrar a la Administración.

Situación ésta, agrega, que fué lo que sucedió por el quinto bimestre de 1984.

En éste la sociedad canceló a sus proveedores Impuesto a las Ventas por $2'641.121 de los cuales únicamente solicitó como descontables $1'383.947.

En este mismo período se vendieron bienes diferentes a los de la actividad principal por $531.576 operación que arrojó un impuesto a su cargo de $48.325 que restado de los impuestos descontables dió un saldo a su favor de $1'335.622.

Estas partidas, informa el apoderado, las contabilizó en una cuenta que denominó "Impuestos por Cobrar" que dadas las circunstancias y actividad de la empresa resulta lo mismo que haberlo hecho en la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar" siempre y cuando se tengan los documentos que respaldan los débitos y créditos que a esta cuenta se cargan, como en el caso sucede en donde, cada factura contiene la fecha, número del documento, identidad del proveedor, la descripción de los artículos comprados, su valor, tarifa, impoventas y por último el valor del impuesto.

De suerte, concluye, que no hay una diferencia de fondo que autorice a la Oficina de Impuestos rechazar la devolución de los saldos a su favor y

menos aún desconocer el derecho sin que exista en el Decreto 3541 de 1983 sanción alguna que permita tal proceder.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 1o. de marzo de 1991 anuló la operación administrativa. Con fundamento en la declaración de ventas del período cuestionado y el certificado del Revisor Fiscal de la compañía en donde éste certifica sobre los saldos y manejo de la cuenta que se discute.

Aceptó como irrelevante la denominación de la cuenta en la que debe registrarse el "Impoventas por Pagar", como quiera además, que no existen normas que confirman la naturaleza de esencial a aquélla cuenta, según el Decreto 3541 de 1983.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada solicita se revoque la sentencia y se confirmen los actos impugnados, porque lo que se discute no es la denominación que la compañía le ha dado a la subcuenta "Impuesto a las Ventas por Cobrar" ni la contabilidad del accionante, como equivocadamente lo entendió el Tribunal sino, el cumplimiento de un requisoto esencial por parte de la compañía cual es el de llevar una CUENTA MAYOR O DE BALANCE, así tenga una denominación diferente, tal como lo exige el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

La sociedad, dice, según el informe rendido por el funcionario oficial, se limitó a registrar el movimiento por el período no en una cuenta mayor como lo exige la ley, sino en tres subcuentas: "Saldo Impoventas Medellín", "Saldo Impoventas Chía" y "Administración de Impuestos Nacionales Impoventas", y de allí la actuación oficial.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada.

Comparte el señor Fiscal la decisión del *a-quo* porque a su juicio "el hecho de que "en los libros de contabilidad registrados" no figure "la cuenta mayor o de balances denominada impuesto a las ventas por pagar" no justifica el desconocimiento del derecho a la devolución".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

De acuerdo con los antecedentes la Sala encuentra que el objeto de la apelación formulada por la entidad oficial como parte demandada en los pro-

cesos acumulados, es el de obtener que se confirme la actuación oficial porque, según entiende, la compañía no cumplió con el requisito previsto en el Artículo 41 del Decreto 354/83, cual es, el de abrir una cuenta Mayor o de Balance cuya denominación debe ser "Impuesto a las Ventas por Pagar", en donde el responsable registre los movimientos débitos y créditos que se originen en relación con este tributo.

1o. LA CONTABILIZACION DEL IMPUESTO A LAS VENTAS

Al contrario de lo expuesto por el Tribunal de Antioquia y que, según parece, ha sido su criterio reiterado en varias providencias que cita en la sentencia apelada, la disposición del Artículo 41 del Decreto 3541/83 que ordena a los responsables del Impuesto a las Ventas, sometidos al régimen común, llevar una cuenta Mayor o de Balance cuya denominación será "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" y que se maneja en la forma allí descrita, no es un aspecto meramente formal que pueda cambiarse al libre capricho de los obligados.

Dispone la citada norma:

"CAPITULO X CONTABILIDAD Y FACTURACION

ARTICULO 41.– Los responsables del Impuesto sobre las Ventas sometidos al régimen común, incluídos los exportadores, deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientes registros:
En el haber o crédito:
a) El valor de los descuentos a que se refiere el Artículo 15 del presente Decreto.
b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 14 del presente Decreto, siempre que tales valores hubieren sido registrados previamente en el haber.
Los responsables ... que se acojan al régimen simplificado. . . . . ".

El cabal entendimiento de esta norma debe comenzar por recordar que desde su iniciación del Impuesto a las Ventas en 1965, Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de una "cuenta corriente" cuyo saldo debe mostrar el quantum del impuesto; según el texto legal vigente en dicha cuenta, en términos generales, se acreditan los impuestos causados por la ejecución de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar, constituyéndose así dicha contabilización en el sustento de la declaración del Impuesto a las Ventas.

Como ningún otro gravamen, el de VENTAS está fundamentado en la contabilidad del responsable, pues en ella se registra la totalidad de los facto-

res que lo determinan y los mismos soportes y comprobantes de la contabilidad lo son igualmente del impuesto. Tan fundamental es dicha cuenta que su saldo es el reconocido por la ley como su monto, ya sea a cargo o a favor del responsable.

La ley quiso que fuera "una cuenta" y no una subcuenta, porque se requiere que no esté mezclada con otra clase de registros, aún los que sean a favor o a cargo del Estado (como pueden ser otros impuestos); e igualmente quiso que fuera una cuenta "Mayor o de Balance", que en la técnica contable se diferencia de las de resultado y obliga su figuración especial en el libro Mayor y en el Balance y Estados Financieros debe mostrarse con este carácter; además, en principio su localización corresponde al grupo de las cuentas del pasivo y no del activo, por estar diseñada para el común de los responsables que generalmente muestran saldo a cargo y por eso se denomina impuesto "por pagar" y no por cobrar.

Muchas más características podrían deducirse del mencionado régimen contable establecido en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y disposiciones concordantes, pero para los efectos de esta providencia basta agregar que lo normal es que el legislador disponga sobre la generalidad de lo que sucede y no sobre lo excepcional, pero también que cuando la ley manda algo y en forma clara, a ella hay que obedecer y no es permitido al intérprete adoptar lo contrario so pretexto de consultar su espíritu o los dictados de una "técnica" que, contrario a lo que se supone, el legislador también conocía y concretamente el legislador extraordinario de 1983.

La independencia de la cuenta, su claridad y su simplicidad en el manejo, establecidos por la ley, son características que no sólo facilitan al contribuyente el cumplimiento de sus obligaciones sino al Gobierno la de ejercer la facultad fiscalizadora que se concreta en las visitas de auditoría contable.

Es cierto que la técnica contable permite manejar en la cuenta del activo una cuenta corriente que normalmente arroje saldo crédito y en este sentido podría llevarse la del Impuesto a las Ventas; empero, en tal caso su manejo sería exactamente inverso al previsto en el Artículo 41 y su nombre sería "por cobrar" y no "por pagar" y esto implica un comportamiento totalmente diferente al previsto en la ley que no podría admitirse en estricto rigor legal.

No es necesario explorar las posibilidades que ofrece la ciencia contable cuando la ley ha señalado determinado régimen con la forma precisa de su manejo, la ubicación en el balance y hasta con nombre propio, como es el caso especial de la cuenta "Impuesto a las Ventas por Cobrar" que regula el citado Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

En el juicio contencioso de Impuestos, a esta jurisdicción no le es dable cambiar las disposiciones legales en aras de aplicar principios superiores como

el contenido en el Artículo 31 de la Ley 52 de 1977, invocado por el Tribunal, cuando aquéllas son imperativas y están además técnicamente diseñadas. Más aún, en nuestro ordenamiento jurídico siempre ha tenido prelación la aplicación de las normas especiales y en materia de regulación contable hoy es aún más claro este principio que fue consagrado expresamente en el Decreto 1798 de 1990 (que reglamentó parcialmente los dictados contables del Código de Comercio) en cuyo Artículo 35 dispuso:

> "Para los fines fiscales, cuando se presenta incompatibilidad entre las presentes disposiciones (sobre libros de comercio) y las de carácter tributario, preferirán estas últimas".

2o. EL CASO *SUB–JUDICE*

Repasados y analizados los antecedentes de los tres negocios que se han acumulado en este proceso, se observan varios aspectos, que no fueron considerados por el Tribunal de Antioquia. No fué únicamente el nombre de la cuenta lo que la Administración cuestionó. Es que la compañía según su propia confesión, tan solo en el mes de abril de 1984 abrió la cuenta para registrar el movimiento del Impuesto, pero equivocadamente, en el sector del activo y no del pasivo y no como cuenta única sino como "subcuenta" de otra mas general cuyo total y naturaleza no se ha aclarado. Esto de por sí demostraba el incumplimiento de la ley por parte de la demandante.

La principal glosa que la Administración formuló a la contabilidad no fué sólo la omisión de la cuenta Mayor o Balance que debía registrar, lo que era suficiente motivo para negar sus pretensiones, sino la de que al tratar de ajustarse a la ley en el mes de noviembre de 1984, mediante la apertura correcta de la cuenta de "Impoventas por Pagar" y hacer el traslado de los saldos que arrojaban subcuentas de Impuesto a las Ventas por Cobrar a 31 de octubre de 1984, según el informe rendido por el funcionario de Auditoría se deja "... ver claramente que el traslado fué efectuado a las subcuentas 171–209–0677 saldo Impoventas (Medellín), 171–409–0677 saldo Impoventas (Colombia) y 121–206–0130 Administración de Impuestos Nacionales Impoventas y no a la cuenta mayor "Impuesto a las Ventas por Pagar", Código 21, lo cual se concluye (sic) que la recurrente sólo se limitó a trasladar de la cuenta "Otros Deudores Impoventas" Código 121 a las subcuentas arriba citadas". Esto fué lo que expresó la Administración en la Resolución V–00015 de septiembre 23 de 1988 y en igual sentido en las Resoluciones 0057 y 0002 de julio y septiembre respectivamente del mismo año.

Y esta manifestación de la Administración que fue hecha después de habérsele presentado el certificado del Revisor Fiscal de octubre 22 de 1986, en el que éste afirmaba lo contrario, no fue ni rebatida por el actor en la demanda. Y, sostenida por la Administración, no fue considerada por el

Tribunal, el cual, en forma ligera acogió la simple afirmación del demandante de que los saldos de la cuenta se trasladaron a la nueva sin ninguna alteración y con respaldo de los comprobantes internos y las facturas correspondientes, sin que ninguna de estas afirmaciones se hubiere comprobado en el proceso.

Es cierto que las certificaciones presentadas por el Revisor Fiscal ante las Oficinas de Impuestos se consideran "suficientes" según el Artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 (norma que regula la prueba en la vía gubernativa), pero también es que, reiteradamente la Sala ha dicho que las mismas certificaciones para que cumplan el papel de pruebas en el juicio contencioso, por lo menos deben hacer referencia a los asientos contables y a los comprobantes internos y externos que los respaldan a fín de llevar al convencimiento a quien decide sobre la realidad de lo que se pretende probar. En el caso que se atiende, la certificación alude a que la compañía tiene sus libros de contabilidad debidamente registrados en la Cámara de Comercio, y hace una descripción general sobre la forma como se ha llevado la cuenta Impuesto a las Ventas desde el mes de abril de 1984 hasta junio de 1985, pero ni en forma global y menos individual, hace referencia concreta a las cuentas y libros afectados, ni a los soportes que sustentan los hechos (fl. 62 Ant. Administrativos) y dicha Certificación que no fue aceptada por la Administración como prueba, no fué mejorada ni complementada ante la jurisdicción.

De otra parte observa la Sala que no obstante que en la demanda el apoderado solicitó inspección por contadores autorizados para que certificaran sobre los hechos contables afirmados en el líbelo, el auto que abrió a pruebas el proceso no la decretó. Pero esta providencia incompleta del Magistrado en el Tribunal no fué objetada por el actor y por lo tanto quedó en firme sin que con posterioridad exista ninguna actividad probatoria, siendo del caso entender que la situación no ha variado.

Así las cosas, es procedente revocar las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los procesos acumulados, como quiera que en ninguno de los mencionados, la sociedad demostró haber cumplido con los registros ordenados en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, en relación con la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar", para tener derecho a la viabilidad de los impuestos descontables solicitados en las declaraciones tributarias correspondientes al segundo trimestre, cuarto y quinto bimestre todos de 1984.

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

FALLA:

1o. REVOCANSE las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de febrero, el 1o. y el 8 de marzo de 1991, en

los juicios números 3564, 3551 y 3557 promovidos por la sociedad PROCESADORA DE LECHES S. A., identificada con el NIT. 90.903.711 en razón del Impuesto a las Ventas por los períodos gravables segundo trimestre, cuarto y quinto bimestre de 1984.

2o. En su lugar, DENIEGANSE las súplicas de las demandas.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA.– En sentido semejante puede consultarse el fallo de marzo 20 de 1992, Exp. 3520, Actor: CARROCERIAS CAPRI LTDA. Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE, e igualmente el Exp. 3695.

DEDUCCION POR REGALIAS/RETENCION EN LA FUENTE/INTERES MORATORIO/ADMINISTRACION TRIBUTARIA

La sociedad si bien es cierto canceló las retenciones en la fuente de las regalías pagadas no abonó oportunamente los intereses de mora originados en la respectiva retención toda vez que los consignó con fecha posterior al vencimiento del plazo establecido para presentar la declaración de renta por el período 1984, extemporaneidad que se imputa a la Administración porque fué ésta la que al momento de cancelar la retención no exigió el pago de los intereses originados por la tardanza en el pago de aquella, circunstancia que puede admitirse como valedera para aceptar la deducción si se tiene en cuenta que tanto la Administración como la contribuyente se equivocaron en la actuación. En consecuencia como no puede perjudicar al contribuyente la culpa o el error de la Administración, se debe aceptar la deducción.

DOCUMENTOS–Ineficacia

La actora al remitir fotocopias autenticadas de los anexos oficiales así como comprobantes de diario, notas de contabilidad, recibos de caja y facturas de las vigencias 1982, 1983 y 1984, dichos documentos no permiten establecer ni la concordancia entre los rendimientos y las retenciones efectuadas, ni que aquellos fueron declarados en años anteriores; además las pruebas presentadas con la demanda, fotocopias autenticadas ante Notario de 173 documentos, sin ningún resumen o señalización de las partidas correspondientes, ni coordinación de éstas con las adicionadas por la Administración.

PRUEBA CONTABLE–Ineficacia/CERTIFICACION CONTABLE–Ineficacia

La certificación del Revisor Fiscal aportada ante la Jurisdicción no aclara ni da luz sobre los ingresos por intereses y rendimientos financieros

porque solamente da cuenta que los libros de contabilidad de la empresa se encuentran registrados conforme a la ley y que la sociedad contabilizó ingresos por intereses y demás rendimientos financieros por el sistema de causación; por lo tanto este documento resulta ineficaz para probar lo pretendido. No hace referencia a la cifra glosada por la Administración ni en forma discriminada ni siquiera en forma global. No alude a los asientos contables ni a los comprobantes de orden interno y externo que los respalden, en fín no dá certeza, ni convencimiento de realidad de lo que se pretende demostrar, razón por la cual debe mantenerse la adición a los ingresos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 3668. Actor: Industrias Tecnoconcreto de Colombia S. A. Impuesto (Renta). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Sociedad INDUSTRIAS TECNOCONCRETO DE COLOMBIA S. A., contra la sentencia del 18 de enero de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la Renta por el año gravable 1984.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en las respuestas de los requerimientos ordinario y especial después, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó la Liquidación Oficial No. 00012 de enero 26 de 1988. A los ingresos denunciados por la sociedad adicionó la suma de $2'640.900 –correspondiente a rendimientos financieros recibidos por ella y no contabilizados ni declarados en el período 1984. Rechazó: 1o. La partida de $1'002.367– mayor valor liquidado en el consumo de liquosulfato de calcio, por omisión del soporte externo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1o. del Decreto 1495 de 1978 y el art. 15 del Decreto 3803 de 1982. 2o. El valor de $11'293.144 –regalías a favor de Master Buelders y Tecnoconcreto S. A., de C.V., porque los intereses de mora originados en la respectiva retención se consignaron en fecha muy posterior al vencimiento del plazo para declarar, incumpliendo lo determinado en el artículo 68 del Decreto 3803 de 1982, y por último aplicó sanción por inexactitud de conformidad con lo previsto en el art. 44 del Decreto 2503 de 1987.

Interpuesto el recurso de reconsideración, el acto liquidatorio fué modificado por Resolución No. 0002 de febrero 9 de 1989. Aceptó la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, el costo de $1'002.367 inicialmente rechazado por considerar que no se ha incurrido en el desconocimiento de las exigencias legales previstas para la procedencia de la erogación. Empero mantuvo la adición de ingresos y el rechazo de las regalías pagadas así como la sanción por inexactitud, por cuanto las glosas sobre los cuales se fundamentaron no fueron desvirtuadas.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita y como restablecimiento del derecho se practique a la sociedad una nueva liquidación igual a la privada, en donde se levante la adición, se acepte la deducción de 11'293.144 pagada por concepto de regalías y se detraiga la sanción por inexactitud injustamente impuesta en la liquidación de revisión:

Cita las siguientes disposiciones que considera fueron violadas:

Art. 31, 32, 33 Ley 52 de 1977
Art. 40 Decreto 2821 de 1974
Art. 16 Decreto 2053 de 1974
Art. 1o. Ley 38 de 1969
Art. 62 Decreto 3803 de 1982
Art. 20, Constitución Nacional,y
Arts. 44 y 154 del Decreto 2503 de 1987.

Argumenta en síntesis: A) Que durante todo el trámite gubernativo la sociedad demostró que la adición de $2'640.900 a los ingresos declarados es improcedente como quiera que por llevar libros de contabilidad por el sistema de causación, los rendimientos financieros glosados con fundamento en las retenciones efectuadas y declaradas en 1984, habían sido denunciados en las declaraciones de renta 1982, 1983 y 1984, en la medida en que aquéllos se iban causando así:

1.– En el año 1982 se causaron y declararon rendimientos a ICA–GRANDICON, anexo oficial No. 3 por $157.000.

2.– En el año 1983, se causaron y declararon rendimientos a ICA–GRANDICON, PINSKY ASOCIADOS y LEASING BOLIVAR, por valor de $1'562.354.

3.– En el año 1984 se declaró el resto de la partida, por $921.506, para un total de $2'640.900.

Justifica la actuación de la sociedad fundamentándose en los artículos 16 del Decreto 2053 de 1974, 1o. de la Ley 38 de 1969 y 62 del Decreto

3803 de 1982, en "que el momento de la causación de los correspondientes ingresos y gastos podían no ser coincidentes con el de causación de la retención en la fuente y que ésto ocurría en todos aquellos casos en los cuales existiera un plazo para el pago, situación ésta que era precisamente la ocurrida en el caso discutido, en el cual el abono en cuenta y el pago de los ingresos financieros (fecha de causación de la retención) habían ocurrido mucho tiempo después de la causación jurídica del ingreso por parte de INDUSTRIAS TECNOCONCRETO DE COLOMBIA S. A.".

Para respaldar sus afirmaciones acompaña certificación expedida por Revisor Fiscal sobre la contabilización de los ingresos respecto de los cuales se efectuó la retención en la fuente y copias autenticadas de los correspondientes asientos que soportan la certificación.

B) En cuanto a la deducción por regalías pagadas a Master Buelders y Tecnoconcretos S. A. de C. V., rechazada por la Administración por extemporaneidad en el pago de intereses de mora en la retención, la firma alega que si bien es cierto que éstos fueron cancelados después del plazo, previsto por el art. 68 del Decreto 3803 de 1982, no es menos que la mora no fué causada por la contribuyente quien acudió oportunamente a cancelar la retención en las oficinas de Impuestos, la culpa, dice, la tuvo la propia Administración que al recibir la retención y expedir el certificado correspondiente no tuvo cuidado de incluir en éste los intereses causados.

Por lo demás estima el apoderado, que cuando se produjo la liquidación de revisión no se hallaba vigente ni la sanción impuesto por el art. 72, ordinal 2o. ni el plazo para cancelar la retención y los intereses a que se refiere el art. 68 ambos del Decreto 3803 de 1982, porque habían sido derogados por virtud de lo dispuesto en el art. 154 del Decreto 2503 de 1987.

C) Consecuente con lo expuesto en la demanda, dice, la sociedad no incurrió en inexactitud al declarar sus ingresos en 1984 y los adicionados fueron inexistentes, motivo por el cual no se configuró la sanción impuesta con base en el artículo 44 del Decreto 2503 de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 18 de enero de 1991, denegó las súplicas de la demanda. En opinión del *a-quo* la certificación del Revisor Fiscal y demás pruebas aportadas al proceso no son suficientes para probar que, la partida adicionada sí fué contabilizada y declarada por el año 1984, motivo por el cual mantuvo la adición.

Encuentra demostrado y aceptado por el actor, que la conducta omisiva que ocasionó el rechazo de las regalías pagadas, se presentó cuando aún estaba vigente el Decreto 3803 de 1982 que fue el invocado por la Adminis-

tración para efectuar tanto el requerimiento como la glosa contenida en el Acta de Visita. Estatuto, dice, que por ser contentivo de normas sustantivas no podían los funcionarios dejar de aplicarlo, así hubieran sido derogadas aquellas durante el trámite de la actuación.

Y por falta de pruebas no acepta la culpa que la actora imputa a la Administración, por la omisión al no liquidar los intereses, en que incurrió.

Por último mantiene la sanción por inexactitud, como quiera que ésta se originó por la adición de intereses y ésta no se levantó.

LA APELACION

La apoderada judicial de la sociedad pide se revoque la sentencia y se acceda a las peticiones de la demanda.

Invoca la presunción de veracidad con que la ley ampara la declaración de renta y con argumentos similares a los ya expuestos insiste en la improcedencia de la adición de intereses, toda vez que la causación de éstos no necesariamente debían ser coincidentes en tiempo y cuantía con la causación de la retención.

Critica el desconocimiento de la deducción por pago de regalías, porque según su entender cabe más culpa a la Administración que omitió cobrar los intereses debidos por la mora en el pago de la retención, que a la contribuyente que no los pagó y para el efecto invoca el art. 20 de la Constitución Nacional, que predica que: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos los son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas".

Consecuente con su tesis de que no hubo omisión de ingresos, solicita se levante la sanción por inexactitud.

PARTE OPOSITORA

La apoderada de la Dirección General de Impuestos se opone a las pretensiones del apelante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia recurrida. Coincide con el *a-quo* en que las declaraciones de renta de los años anteriores allegadas al proceso no son suficientes para desvirtuar la adición de ingresos y el Revisor Fiscal si bien es cierto puede dar fé de determinados hechos y actos contables respecto de la sociedad, su simple afirmación no puede desvirtuar el contenido de pruebas producidas por otras personas jurídicas.

Recalca que la sociedad no probó que tuvo intención de pagar los intereses causados por la retención en la fuente y además que la Administración se hubiera negado a recibirlos, por lo que se muestra de acuerdo con el rechazo de las regalías pagadas, por ausencia de aquel requisito.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Son tres puntos que debe dilucidar la Sala a saber:

1.— Adición de ingresos por intereses causados en varios años,

2.— Deducción por pago de regalías y,

3.— Sanción por inexactitud.

1.— ADICION DE INGRESOS POR $2'640.900

Es verdad como lo afirma la apelante y lo ha sostenido reiteradamente la Sala, que las informaciones suministradas en las declaraciones tributarias se presumen ciertas, pero también es que la Administración de Impuestos está investida de amplias facultades de investigación con el fín de establecer la exactitud de las declaraciones y la verdad de los hechos, más aún como en el caso que se ventila, en donde no se cuestionan las partidas denunciadas, sino precisamente las no contabilizadas ni declaradas por la contribuyente en el período gravable 1984, como quiera que, según Acta de Inspección General a los libros de contabilidad (fl. 141 ant. adm. numerados verde), omitió declarar y contabilizar intereses y rendimientos financieros, según el siguiente detalle:

Consorcio I.C.A. Grandicon	1'012.986
Pinsky y Asociados	216.432
Vivienda Normalizada Vivinor Ltda.	50.176
Const. Civiles Ltda.	46.888
Grandicon S. A.	150.000
Posteco Ltda.	340.900
Beltrán Pinzón y Cía. Ltda.	20.850
Leasing Bolívar	686.000
Concretos de Occidente Ltda.	112.000
Colombiana Beton Centrifugado Ltda.	4.668
	2'640.900

La sociedad durante todo el proceso gubernativo y posteriormente ante la jurisdicción no ha negado haber percibido los mencionados rendimientos,

empero ha sostenido que por llevar su contabilidad por el sistema de causación, fué incluída en la declaración de renta 1982 la suma de $157.040; en la de 1983 la partida de $1'562.354 –y el saldo o sea, $921.506 en la correspondiente al período 1984, porque la causación del ingreso no coincide con la causación de la retención ya que ésta ocurrió mucho tiempo después de la causación jurídica de aquéllos (arts. 28 y 365 del Estatuto Tributario).

Para respaldar sus aseveraciones remitió en la vía gubernativa las fotocopias autenticadas de los anexos oficiales números 3 de las declaraciones de renta 1982, 1983 y 1984, así como comprobantes de diario, notas de contabilidad, recibos de caja y facturas de las mismas vigencias, documentos que no permiten establecer como bien se sostuvo entonces, ni la concordancia entre los rendimientos y las retenciones efectuadas, ni que aquéllos fueron declarados en años anteriores; como pruebas presentó con la demanda fotocopias autenticadas ante Notario de 173 documentos (comprobantes de diario de 1982, 1983 y 1984, cuentas de cobro por intereses de mora a varios clientes, liquidación de éstos intereses, comprobantes de consignación, etc.) pero sin ningún resumen o señalización de las partidas, correspondientes, ni coordinación de éstas con las adicionadas por la Administración.

Tampoco se hizo ningún estudio comparativo entre los valores declarados en 1984 y los adicionados. Se observa que en el Anexo W2 de "relación de ingresos" por un total de $4'045.057 el Anexo W2 de "relación de ingresos" por un total de $4'045.057 figuran varios renglones por intereses por mora (recibidos de clientes), pero no existe ninguna comparación entre esta relación y los adicionados por la Administración. Se observa, por otra parte, que la sociedad solamente denunció ingresos financieros (renglón 158 declaración de julio 10/85 –fl. 436–) la cantidad de $454.163 más $57.307 por corrección monetaria; la retención en la fuente sobre estos ingresos sería del orden de los $16.804, sin embargo la sociedad solicitó como descuento por retenciones efectuadas a su cargo la cantidad de $52.945, lo que teóricamente daba indicio de ingresos por valor de $1'430.946 a razón de 3.7% de retención.

Según los comprobantes de pago de la liquidación privada presentada para interponer el recurso de reconsideración en 1984 a la sociedad le practicaron retenciones por rendimientos financieros en cuantía de $89.540 sobre un total pagado o causado en el año de $2'431.466 según la siguiente relación que se obtiene de la revisión de las fotocopias de los comprobantes de retención presentados (folios 22 a 32 –cuaderno No. 5 Antecedentes):

COMPAÑIA	VR. PAGADO	VR. RETENIDO
CONSORCIO ICA GRANDICON	$ 1'012.966	37.480
VIVINOR LTDA.	50.166	1.877

GRANDICON S. A.	150.000	5.550
COBEC LTDA.	4.668	157
BELTRAN PINZON Y CIA. LTDA.	20.850	761
LEASING BOLIVAR S. A.	686.000	25.382
CONCRETOS DE OCCIDENTE LTDA.	112.000	4.144
CONSTRUCCIONES CIVILES S. A.	46.808	1.577
PINSKY Y ASOCIADOS S. A.	8.008	—
POSTECO	340.900	12.612
	$ 2'431.466	$ 89.540

Por otra parte, la certificación del Revisor Fiscal aportada ante la jurisdicción tampoco aclara ni da luz sobre el particular (fl. 18 c. p.), porque solamente da cuenta que los libros de contabilidad de la empresa se encuentran registrados conforme a la ley y que la "Sociedad contabilizó ingresos por intereses y demás rendimientos financieros por el sistema de causación, por lo tanto en el momento de emisión de las respectivas cuentas el registro contable fue:

> "Débito a Cuentas por Cobrar y Crédito a Ingresos e Impuesto de Ventas por pagar respectivamente. En el año de 1984, período en que el deudor retiene en la fuente, el asiento contable operó así: Débito a Caja y Retenciones por Cobrar con crédito a Cuentas por Cobrar".

Esto es, como afirma el *a-quo*, también este documento resulta ineficaz para probar lo pretendido. No hace referencia a la cifra glosada por la Administración ni en forma discriminada ni siquiera en forma global. No alude a los asientos contables ni a los comprobantes de orden interno y externo que los respalden; en fín, no da certeza, ni convencimiento de realidad de lo que se pretende demostrar, razón por la cual debe mantenerse la adición a los ingresos declarados por la sociedad, porque ésta se fundamentó en documentos expedidos por terceras personas (certificados de los retenedores) y en la inspección a la contabilidad y no en meras sospechas como lo afirma la apelante.

2.– DEDUCCION POR CONCEPTO DE REGALIAS PAGADAS POR $11'293.144

Para que proceda la aceptación de costos y deducciones que hubieren sido rechazadas u objetadas, por no acreditar la retención en la fuente, es necesario según los postulados del art. 68 del Decreto 3803 de 1982, vigente para la época en que sucedieron los hechos materia de controversia, que se

demuestre que la respectiva consignación, (incluídos los intereses de mora) se hizo antes del vencimiento del plazo para declarar.

La sociedad, si bien es cierto canceló las retenciones en la fuente de las regalías pagadas a Master Buelders y Tecnoconcreto S. A. de C. V., no abonó oportunamente los intereses de mora originados en la respectiva retención toda vez, que los consignó con recibo No. MB 0484048 de marzo 10 de 1986, fecha posterior al vencimiento del plazo establecido en el Decreto 3139 de 1984 para presentar la declaración de renta por el período 1984. Extemporaneidad que la actora imputa a la Administración porque fué ésta la que al momento de cancelar la retención, no exigió el pago de los intereses originados por la tardanza en el pago de aquélla, circunstancia que puede admitirse como valedera para aceptar la deducción si se tiene en cuenta que tanto la Administración como la contribuyente se equivocaron en la actuación. En consecuencia, como no puede perjudicar al contribuyente la culpa o el error de la Administración, se impone aceptar la deducción de regalías por haber cumplido el requisito de la retención en la fuente.

3.– SANCION POR INEXACTITUD

Como el fundamento de esta sanción fué la omisión de ingresos que la sociedad no logró desvirtuar, es procedente su confirmación porque se tipificó la inexactitud en los términos del artículo 44 del Decreto 2503 de 1987.

Por lo anteriormente expuesto debe practicarse una nueva liquidación de impuestos sobre la renta la cual quedará así:

RENTA	BASE	IMPUESTO
La gravada en Resolución No. 00002 de febrero 9 de 1989 que agotó la vía gubernativa	$ 19'429.627	
Menos: deducción por pago de regalías aquí aceptada	$ 11'293.144	
RENTA GRAVABLE AQUI DETERMINADA	$ 8'136.483	$ 3'254.593
Menos: descuentos tributarios ya aceptados		$ 429.929
IMPUESTO DE RENTA		$ 2'824.664
MAS: SANCION POR INEXACTITUD		$ 1'690.176
TOTAL A CARGO		$ 4'514.840

Obrando 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:

1.– REVOCASE la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de enero de 1991 en el proceso No. 7.140.

2.– Conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia, fíjase en la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS ($4'514.840) el valor del Impuesto sobre la renta y la sanción por inexactitud que por el año gravable 1984, debe pagar la sociedad INDUSTRIAS, TECNOCONCRETO DE COLOMBIA S. A. con N.I.T. 60.056.150.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INGRESOS–Causación/**INGRESOS**–Adición

Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que lleven libros de contabilidad por el sistema de causación (y las sociedades comerciales siempre han estado obligadas a utilizar este sistema) así como los costos y gastos incurridos por ellos, deben denunciarse en el año o período gravable en que se causen, sin perjuicio de que quien realice el pago o reciba la suma por concepto de costos y lleve contabilidad o no, emplee el sistema de causación o el de caja como antes de la expedición del Decreto 2160 de 1986, estaba permitido hacerlo. Así el hecho de que las sociedades con quienes la reclamante efectuó operaciones hubieran dado un tratamiento diferente contable a las partidas de tales negociaciones, son circunstancias que no afectan la validez de la adición que en esta oportunidad se cuestiona.

DIFERENCIA EN CAMBIO–Improcedencia/**INFORMACION TRIBUTARIA**–Inexistencia/**CONTRIBUYENTE**–Deberes formales

Se requiere que el contribuyente acompañe a su declaración de renta y patrimonio una relación de los asientos de contabilidad referente a los ajustes por cambio debidamente autenticados por el Revisor Fiscal o por el Contador y éstos no se presentaron con el denuncio fiscal ni en el dictamen pericial se alude a ellos, obligación ésta que radicalmente no desapareció con el literal B del artículo 16 del Decreto 3410 de 1983. Por lo tanto se mantiene el rechazo de la deducción como quiera que para su admisión no era suficiente acreditar el origen de la deuda, sino demostrar también el cumplimiento de las exigencias jurídico-contables previstas en el estatuto fiscal.

COSTOS–Causación/GASTOS–Causación/PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA/CONTABILIDAD POR CAUSACION

La sociedad lleva su contabilidad por el sistema de causación, como era su obligación hacerlo y en tal caso ha debido contabilizar los costos y gastos que en esta oportunidad discute, en la fecha en que surgió la obligación de pagarlos, aunque no se hubiera hecho efectivo el pago, principio contable que es armónico con la independencia de los períodos gravables que predican las normas fiscales. Resulta pues irrelevante para la procedencia de las erogaciones solicitadas que las mercancías adquiridas se hubieran recibido y consumido en 1983 y que los fletes se hubieran cobrado en este año porque lo importante para el efecto es, la fecha en que los costos y gastos fueron facturados porque ésta es la coincidente con la causación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3538. Actor: Atlantic Minerals and Products Corporation. Impuesto Renta – Fallo –.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora y adhesivamente por el de la entidad demandada, contra la sentencia de 14 de diciembre de 1990, con la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad ATLANTIC MINERALS AND PRODUCTS CORPORATION contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

Previa inspección a los libros de contabilidad y Requerimiento Especial 00132 de marzo 14 de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la Liquidación Oficial 981 de septiembre 8 de 1986. Adicionó a los ingresos declarados la suma de $14'839.273 por concepto de ventas de materiales y servicios a diferentes sociedades, y rechazó deducciones por ajustes en diferencia en cambios por $44'640.544, gastos correspondientes a otras vigencias por $12'643.007 y erogaciones sin soporte por $385.837. Además de imponer las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad en acatamiento de los artículos 49, 50, 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos de la misma Administración lo resolvió por Resolución 049 del 9 de octubre de 1988, en la cual se confirmó la adición de ingresos y el rechazo de deducciones, pero disminuyó la cuantía de sanción por inexactitud, por cuanto en la liquidación recurrida no se tuvo en cuenta que en la respuesta al requerimiento especial, la contribuyente aceptó una partida de la glosa propuesta por gastos de otras vigencias, hecho que da derecho a que proporcionalmente se rebaje aquélla.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción la nulidad de la operación administrativa por medio de la cual se determinó el Impuesto de Renta, complementarios y sanciones a cargo de la sociedad y que como consecuencia se le restablezca su derecho, por lo cual solicita que:

– Se revoque la adición de ingresos por $14'839.273 equivocadamente calificados en la liquidación oficial como ingresos omitidos.

– Se aceptan las deducciones correspondientes a ajustes por diferencia un cambio en cuantía de $39'048.899.

– Se aceptan los costos y deducciones por $4'652.221 erróneamente calificados como de otras vigencias.

– Se aceptan otras deducciones por $385.837 calificadas impropiamente como carentes de soporte.

– Se levanta la sanción por inexactitud en cuantía de $17'685.003, por ser improcedente su aplicación.

– Se levanta la sanción por libros de contabilidad de $60.000 por ser improcedente su aplicación.

Igualmente pide que se efectúe una nueva liquidación del impuesto a cargo de la firma por el año gravable de 1983, fijándolo en el valor de $1'352.207.

La reclamante no está de acuerdo con la actuación administrativa en cuestión en síntesis, porque:

1. La sociedad declaró como ingresos lo que estaba registrado en sus libros como tal, de suerte que si la Administración encontró diferencias entre lo declarado por ella y lo denunciado correlativamente por algunas empresas con las cuales efectuó transacciones, estaba obligada a buscar pruebas distintas de los denuncios fiscales de aquéllas, que apenas son testimonios.

2. Desconoció arbitrariamente las pruebas aportadas para acreditar la procedencia de la deducción por ajuste en diferencia de cambio por la suma

de $39'048.899 porque desde la respuesta al requerimiento la sociedad admitió que la deducción de $5'591.645. por ajuste en activos y en inventarios era indebida.

Cuestiona además el auto liquidatorio porque rechazó sin fundamento legal esta erogación, como quiera que exigió para su procedencia un requisito adicional no previsto para la importación de mercancías para el desarrollo del objeto social, circunstancia que la coloca dentro del régimen de importación de bienes establecido en el Capítulo VI, Artículos 67 y siguientes del Decreto 444 de 1967 y por ende fuera de régimen previsto para préstamos en moneda extranjera a particulares, del Capítulo VIII, Sección Segunda, Artículos 127 y siguientes de la misma norma.

3. Examinó con ligereza los documentos que aportó para la viabilidad de los costos y gastos de otras vigencias, por la suma de $4'652.221 (el exceso rechazado en la liquidación oficial lo aceptó como improcedente) porque la suma de $1'415.832.84, corresponde a 2.775 sacos de barita, recibidos en 1983 y la suma de $2'181.342,53 pertenecen a 4.244 sacos de barita recibidos igualmente en 1983, no son importaciones, tal como lo prueba con las facturas 6024 y 6025 emitidas por PRODUCTOS MINERALES COLOMBIANOS "PROMICOL" a la empresa, en diciembre de 1982, de donde no le es dado a la Administración exigir documentos que demuestren la nacionalización de las mercancías.

4. Desestimó las pruebas y argumentos presentados por la sociedad en la respuesta de requerimiento especial, para subsanar la falta de soportes de la deducción de la suma de $385.837 que rechazó la Oficina Liquidadora de Impuestos.

Por último impugna la sociedad las sanciones que por inexactitud y libros de contabilidad se le impuso, porque las considera improcedentes.

Citó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 80, 81 y 88 del Decreto Extraordinario 1651 de 1961.
- Artículos 15, 16, 17, 30, 44, 45 y 54 del Decreto 2053 de 1974.
- Artículo 40 del Decreto 2821 de 1974.
- Artículos 38, 39 y 40 del Decreto Reglamentario 187 de 1975.
- Artículos 31, 32, 33 y 36 de la Ley 52 de 1977.
- Artículo 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978.
- Artículos 15, 49 y 57 del Decreto 3803 de 1982.
- Artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 y
- Artículo 3o. del Decreto Extraordinario 3410 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de diciembre de 1990, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Con fundamento en la inspección contable con intervención de peritos, practicada a solicitud de la sociedad, mantuvo la adición de ingresos por $14'839.273 la desestimación de las deducciones por ajustes en diferencia de cambio por $39'048.899, los costos y deducciones correspondientes a otras vigencias por la suma de $4.652.11, y consecuencialmente las sanciones impuestas por inexactitud y libros de contabilidad.

Esto es, que de las pretensiones formuladas por la sociedad contribuyente, sólo aceptó deducciones por $385.837 atribuibles a gastos de importación por estimar que estaban respaldadas con los correspondientes comprobantes externos.

LA APELACION

El apoderado de la sociedad reclamante, con argumentos similares a los consignados en la demanda insiste en sus pretensiones. Afirma que el dictamen rendido por los expertos contables, es claro y preciso en el cuestionario sometido a su consideración y que la contabilidad de su representada no deja duda de su consistencia y veracidad.

Reclama que no se tuvieron en cuenta las notas créditos y las devoluciones para desvirtuar la *"Adición de Ingresos"*, notas éstas, dice, que generalmente son aceptadas dentro del procedimiento contable para registrar en libros, los descuentos, rebajas y devoluciones otorgadas por las sociedades.

Igualmente porque en buena parte la suma adicionada corresponde a gastos recuperados por la firma, que no constituyen un ingreso operacional o generado en virtud de la naturaleza de su objeto social. Recuperación que dice se reflejó como un menor valor de los gastos, que implica en los resultados operacionales tanto como registrar y declarar un ingreso.

En cuanto al rechazo de la deducción correspondientes a *ajustes por diferencia en cambio,* recalca sobre el valor probatorio del certificado del Revisor Fiscal de la empresa cuyo contenido coincide con el dictamen rendido por los expertos contables. El valor de $39'049.899 que se cargó a la cuenta de "Pérdidas y Ganancias", agrega, proviene de los ajustes de la diferencia en cambio que la empresa mensualmente hace a los saldos de las cuentas por pagar con la casa matriz, por concepto de mercancías y servicios suministrados por ésta, cuyo análisis detallado aparece en un anexo sin número al final del dictamen pericial.

Critica que el Tribunal se hubiera inhibido para pronunciarse en relación con el argumento consignado en la demanda y referente a "La no aplicación del Artículo 40 del Decreto 187 de 1975, porque entiende que éste no es un hecho nuevo, sino un mejor argumento jurídico traído ante la jurisdicción, que es bien distinto".

Sobre el rechazo de los *"costos y gastos de otros períodos por $4'652221"*, reitera que es improcedente porque la sociedad causó las facturas números 6024, 6025 y 10266/82 en 1983, puesto que fué en este año y no en 1982 cuando recibió las mercancías y sus correspondientes facturas.

Estima por último que, de acuerdo a las conclusiones de los señores peritos no se dan los supuestos de ley para imponer las sanciones por libros de contabilidad e inexactitud.

De otra parte el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en apelación adhesiva solicita se revoque la sentencia del Tribunal en la parte que le es desfavorable a los intereses de la Nación.

Afirma que por mandato expreso del Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, no es posible admitir como pruebas documentos contables presentados con posterioridad a la inspección de libros, razón por la cual debe mantenerse el rechazo de las deducciones por $385.837, registradas contablemente pero cuyos soportes no fueron exhibidos oportunamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada.

Comparte la señora fiscal las apreciaciones del Tribunal por las siguientes razones:

1. La adición a los ingresos declarados porque, ésta se efectuó con base en la contabilidad de la sociedad previamente confrontada con las declaraciones y certificaciones expedidas por terceros, pruebas que no pueden ser calificadas como simplemente indicios. Demuestran más bien, dice, la realidad de la causación del ingreso y la efectividad del pago durante el período gravable.

Como el *a-quo* no acoge las conclusiones del dictamen pericial practicado en aquella instancia, porque la empresa no podía invocar su propia contabilidad para desvirtuar el contenido de las informaciones suministradas por aquellas personas a quienes efectuó ventas de materiales, accesorios y prestó servicios.

2. En cuanto al ajuste por diferencia en cambio igualmente es partidaria de mantener el rechazo, como quiera que las pruebas aportadas por la firma para la viabilidad de la deducción, ésto es, la certificación del Revisor Fiscal de la compañía y el dictamen pericial, corroboran los argumentos expuestos, primero por la Administración de Impuestos y después por el Tribunal, de que los ajustes contables requeridos para procedencia de la erogación resultan extemporáneos de acuerdo con la ley.

3. Con fundamento en la independencia de los períodos gravables y los principios que rigen la contabilidad por el sistema de causación que lleva la sociedad, pide se ratifique el rechazo de costos y gastos por valor de $4'652.221, porque según las facturas de compra allegadas al proceso aquéllos fueron efectuados en el segundo semestre de 1982.

Igualmente está de acuerdo con que se mantengan las sanciones por libros e inexactitud, porque las irregularidades detectadas en los primeros y las inconsistencias que originaron la segunda no fueron desvirtuados en ninguna de las etapas del proceso gubernativo ni tampoco ante la jurisdicción.

Por último y en cuanto a la apelación adhesiva presentada por el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, la señora Fiscal comparte la aceptación de la suma de $385.837. Considera que estando registrada contablemente la partida, y habiéndose aportado la facturación que la respalda, con la respuesta al requerimiento especial, el dictamen pericial complementa la prueba de las erogaciones en cuestión.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En el caso sometido a consideración debe dilucidar la Sala, si con las explicaciones y los documentos probatorios que aparecen dentro del proceso, se puede o no: a) desvirtuar la adición de ingresos, b) Aceptar los costos y deducciones que se cuestionan y consecuencialmente c) levantar las sanciones por libros de contabilidad e inexactitud que fueron impuestas a la sociedad.

A. ADICION DE INGRESOS POR LA SUMA DE $14'839.273

No es cierta la afirmación que hace la sociedad reclamante de que la Administración hubiera efectuado la adición de ingresos, con fundamento exclusivamente en el simple cruce de las informaciones suministradas en las declaraciones de renta de la firma y las de aquellas compañías a que ésta les efectuó ventas o prestó servicios. Las Oficinas de Impuestos a más de la confrontación de los datos de los denuncios fiscales, practicó una inspección ocular a los libros de contabilidad de la empresa, cuyos resultados quedaron plasmados en el acta de visita de fecha septiembre 10 de 1985, cuya copia se anexó al Requerimiento Especial 132 del 14 de marzo de 1986, enviado a la sociedad para que formulara los descargos.

Tanto en la respuesta a éste como en el recurso de reconsideración interpuesto posteriormente, como ante la jurisdicción, la contribuyente ha argumentado que las diferencias acusadas por la Administración tienen su explicación en los detalles y circunstancias de los pagos, puesto que SOLO SE TOMARON EN CUENTA LOS PAGOS REALIZADOS POR TERCEROS, sin considerar cuáles se causaron dentro del año gravable, que los gastos recuperados fueron contabilizados como menor valor de los gastos declarados, las diferencias en cambios y los registros de notas créditos dentro del mismo ejercicio, explicaciones que como en la vía gubernativa no pueden calificarse ahora satisfactorias, para desvirtuar una adición rentística que se propuso por venta de materiales y accesorios, servicios técnicos y alquiler de equipos, no contabilizados por la empresa y cuyos pagos sí fueron ratificados por quienes los hicieron.

Es evidente que tales ingresos han debido ser registrados en los libros de comercio de la compañía y denunciarse en la declaración de renta de la misma, como lo establecen los artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974 y numeral 4o. del Artículo 2o. del Decreto 3410 de 1983, independiente de que posteriormente hubieran sido afectados con devoluciones, costos o gastos.

La contabilidad del contribuyente debe ser reflejo fiel del movimiento diario de ventas y compras y en general de las operaciones que se realicen dentro de la actividad ejercida por él, de manera que demuestren completamente la situación financiera del mismo, pues no de otra manera pueden entenderse cumplidos los requisitos exigidos por la ley para que sea posible ejercer un estricto control a los libros. (Capítulo V del Dcto. 2821/74).

Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que lleven libros de contabilidad por el sistema de causación (y las sociedades comerciales siempre han estado obligadas a utilizar este sistema), así como los costos y gastos incurridos por ellos, deben denunciarse en el año o período gravable en que se causen, sin perjuicio de que quien realice el pago o reciba la suma por concepto de costos y gastos lleva contabilidad o no, o emplee el sistema de causación, o el de caja como antes de la expedición del Decreto 2160 de 1986, estaba permitido hacerlo.

De lo anterior resulta que el hecho de que las sociedades con quienes la reclamante efectuó operaciones, hubieran dado un tratamiento diferente contable a las partidas de tales negociaciones, son circunstancias que no afectan la validez de la adición que en esta oportunidad se cuestiona, como tampoco afecta el que los gastos recuperados hubieran sido contabilizados como un menor valor de las deducciones solicitadas.

El dictamen pericial solicitado sobre los libros de la sociedad y practicado en primera instancia es ineficaz para controvertir las glosas en las que se

fundamentó el incremento rentístico, porque como anota la señora fiscal, "Si la visita contable administrativa, jurisprudencialmente goza de la presunción de que los datos que arroja están físicamente tomados de los libros, habiendo acudido también la Administración al cruce de información, es lógico que a dichos métodos por disposición expresa del Art. 15 del Decreto 3803 de 1982, la demandante no podía oponer su propia contabilidad, ni invocar las conclusiones del dictamen pericial para afirmar que, en cuanto éste objeta el contenido de las declaraciones de terceros, por esta circunstancia demuestre lo contrario a la certificación de los pagos hechos a la contribuyente en el año de 1983 ...".

Por ello la Sala comparte la decisión que sobre este aspecto profirió el Tribunal.

B. COSTOS Y DEDUCCIONES

1. AJUSTES POR DIFERENCIA EN CAMBIO $39'048.899

Con fundamento en el Acta de Inspección contable (hojas 13 al 16) y en observancia de los Artículos 30 y 54 del Decreto 2053 de 1974 y los Artículos 38 a 40 del Decreto 187 de 1975, la Administración de Impuestos rechazó la deducción propuesta por este concepto inicialmente en la suma de $44'640.543 y posteriormente reducida por la misma sociedad a $39'048.899.

Adujo no encontrarse contabilizados en libros los siguientes ajustes:

a) Capitalizar como mayor valor del costo, la diferencia en cambio negativa aplicada a los saldos pendientes de pago a diciembre 31 de 1983, correspondientes a créditos del exterior que fueron destinados a la importación de mercancías y materias primas que a diciembre 31 de 1983, se encontraban en inventarios.

b) Llevar como deducción solamente, la diferencia en cambio aplicada a los saldos pendientes de pago de créditos correspondientes a mercancías ya vendidas.

c) Capitalizar, como mayor valor del activo, la diferencia en cambio negativo aplicada a los saldos pendientes de pago a diciembre 31 de 1983, correspondientes a créditos del exterior destinados a la importación o compra en el país de activos fijos, materiales y repuestos.

Actuación ésta que fue confirmada por la División de Recursos Tributarios de la Administración y se mantiene en la sentencia que es objeto de apelación porque la sociedad no comprobó haber efectuado los ajustes necesarios para la procedencia de la deducción.

El apelante insiste en esta oportunidad se valoren las pruebas que aportó para viabilidad de la erogación. Esto es, el certificado del Revisor Fiscal de la empresa que adjuntó con el recurso de reconsideración y el dictamen pericial rendido ante el Tribunal.

En la primera, el Revisor Fiscal - suplente - de la compañía dejó constancia de que la diferencia en cambio por el año gravable de 1983, se determinó así:

Con cargo a:

Activos fijos	$ 4'697.512
Inventarios	$ 894.133
Resultados	$39'048.899

Vale decir, la firma acepta que hubo errores de contabilización al incluir dentro de la partida solicitada como deducción, valores de los activos fijos y del inventario, como lo observó inicialmente el Revisor Fiscal de entonces, señor Alberto A. Arroyo M., Matrícula No. 712-T, al firmar con salvedades los estados financieros y la declaración de renta de la empresa y como igualmente lo hace ésta al dar respuesta al oficio de la Superintendencia de Sociedades con ocasión de la revisión de los estados financieros a 31 de diciembre de 1983.

El dictamen pericial rendido por los expertos contables, virtualmente es armónico con la certificación anterior pero en el fondo resulta corroborando lo que la Administración y posteriormente el *a-quo* sostuvieron para desatender la deducción en mención, cuando dice:

> "LA SOCIEDAD, TENIENDO EN CUENTA el concepto técnico-contable emitido por el Revisor Fiscal, relacionado con la pérdida de cambio cargada a PERDIDAS Y GANANCIAS por el año 1983, y acogiéndose a lo manifestado por la Administración de Impuestos sobre este caso en especial, acepta ajustar esta pérdida a la suma real de $39'048.899, que hace saber la decisión de la Administración de Impuestos por medio de su apoderado, en el recurso de reconsideración interpuesto el 10 de noviembre de 1986, distinguido con el No. 000579, lo que queda también claramente determinado que su reclamación ante la autoridad competente (Administración de Impuestos Nacionales) por pérdidas de diferencia de cambios por el año fiscal de 1983, después de hechos los ajustes descritos arriba, es por la suma de $39'048.899" (pág. 17 del dictamen pericial, Cuadernillo Rojo).

De acuerdo con estas pruebas se tiene:

a) Que la pérdida por diferencia de cambio que se carga a la cuenta PERDIDAS Y GANANCIAS, proviene en su mayor parte de los ajustes que la empresa hace diariamente y consolida mensualmente a las cuentas pendientes de pago con proveedores sobre el exterior.

b) Que la empresa cometió un error en la contabilización de dicha partida que admitió en el trámite gubernativo y aceptó ajustarlo a la suma real.

c) Empero no evidencia que se efectuaron los ajustes pertinentes y la oportunidad en que éstos se hicieron, requisitos exigidos por el Decreto 2053 de 1974 para la procedencia de la deducción.

De acuerdo con los Artículos 30 y 54 de este estatuto se requiere que el contribuyente acompañe a su declaración de renta y patrimonio una relación de los asientos de contabilidad referente a los ajustes por cambio debidamente autenticados por el Revisor Fiscal o por el Contador y éstos no se presentaron con el denuncio fiscal ni en el dictamen pericial se alude a ellos, obligación ésta que radicalmente no desapareció como lo afirma el apoderado con cita del literal B del Artículo 16 del Decreto 3410 de 1983, puesto que si bien es cierto la firma del Contador o Revisor Fiscal, en el formulario de la declaración de renta de los contribuyentes obligados a llevar libros de comercio, reemplaza a aquéllos, no lo es menos que tal prevención se hace sin perjuicio de la facultad de fiscalización e investigación que tiene la Administración para asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los sujetos pasivos y de la obligación de mantener a disposición de las Oficinas de Impuestos los documentos y pruebas necesarias para verificar la veracidad de los datos declarados, así como el cumplimiento de las obligaciones que sobre la contabilidad exigen las normas legales y, en ejercicio precisamente de tales facultades, fué que la Administración solicitó los ajustes contables, inicialmente al hacer el traslado en el Requerimiento Especial 132 de marzo 14 de 1986, de las observaciones formuladas en el Acta de inspección contable.

Por lo anteriormente expuesto y acorde con los planteamientos que sobre el punto expuso la señora Fiscal se mantiene el rechazo de la deducción como quiera que para su admisión no era suficiente acreditar el origen de la deuda, sino demostrar también el cumplimiento de las exigencias jurídico-contables previstas por el estatuto fiscal.

Es pertinente además anotar que el Tribunal no se inhibió para pronunciarse sobre el argumento presentado por la apoderada relativo a la no aplicación del Artículo 40 del Decreto 187 de 1975, sólo que no consideró pertinente hacer su análisis que es bien distinto, porque la litis se contrajo a la prueba de si la sociedad hizo o no los ajustes necesarios para la procedencia de la deducción, no al origen de la deuda. (Págs. 21 a 23).

2. COSTOS Y GASTOS POR $4'652.221

Teniendo en consideración lo establecido por el Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 y Artículo 1o. del Decreto Reglamentario 187 de 1975, esta partida ha sido rechazada tanto en el trámite gubernativo, como por el Tribunal y cuya decisión comparte la Sala.

La sociedad lleva su contabilidad por el sistema de causación, como era su obligación hacerlo y en tal caso ha debido contabilizar los costos y gastos que en esta oportunidad discute, en la fecha en que surgió la obligación de pagarlos, aunque no se hubiera hecho efectivo el pago, principio contable que es armónico con la independencia de los períodos gravables que predican las normas fiscales.

Así las cosas, en el caso que se ventila, se encuentra acreditado dentro del informativo y la misma sociedad en su demanda lo acepta, que las facturas 6024, 6025 y 10266 fueron expedidas en 1982, las primeras representativas de las compras de barita efectuadas y PRODUCTOS MINERALES COLOMBIANOS "PROMICOL" y la última de los fletes por cuenta de BAROID VENEZUELA.

Resulta pues irrelevante para la procedencia de las erogaciones solicitadas que las mercancías adquiridas se hubieran recibido y consumido en 1983, y que los fletes hubieran sido cobrados en este año porque lo importante para el efecto es, la fecha en que los costos y gastos fueron facturados porque ésta es la coincidente con la causación.

C. SANCIONES POR INEXACTITUD Y LIBROS

Como la omisión de ingresos detectada en la declaración de renta por la suma de $14'839.273 y la inclusión de gastos correspondientes a otras vigencias por valor de $4'652.221 fueron el fundamento de la sanción por inexactitud, la confirma la Sala, toda vez que ni ante el Tribunal ni ahora en esta instancia se modifican tales factores.

Así pues que no obstante haberse consignado en la sentencia apelada (p. 29), "rebajarse proporcionalmente a las sumas aceptadas por la jurisdicción, la reducción de la sanción no se efectuó en la liquidación consignada en la parte motiva, porque la suma reconocida en ella no alteraba las bases de la sanción".

Como en el punto anterior, tampoco han sido desvirtuadas las inconsistencias e irregularidades encontradas en los libros de contabilidad de la empresa por la Administración de Impuestos en el momento de practicar la inspección, debe mantenerse la sanción por libros con base en los mismos

parámetros que sirvieron para su imposición, esto es, los Artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982.

APELACION ADHESIVA DE LA NACION

DEDUCCIONES SIN SOPORTE POR $385.837

Adhiere la Sala al reconocimiento que de estos gastos efectuó el *a-quo* y propone la señora Fiscal, pues si bien es cierto que al momento de efectuarse la visita contable, éstos no obstante estar registrados en los libros, carecían del correspondiente respaldo, no lo es menos que con posterioridad en la respuesta al requerimiento especial primero y posteriormente en el dictamen pericial rendido por los expertos contables en primera instancia, quedó suficientemente claro la existencia de los soportes de orden interno y externo que apoyan su contabilización, tales como: licencias de importación, manifiesto de aduanas, facturas, fletes, seguros marítimos y otros (pág. 20 dictamen pericial).

Por lo anterior es procedente confirmar la sentencia sometida a consideración de la Sala, advirtiendo del error únicamente mecanográfico en que se incurrió en la liquidación consignada en la parte motiva, en cuanto anotó como total a cargo la suma de $28'999.767 (pág. 29), cuando la cierta era $30'372.974, como acertadamente lo registró en el numeral 3o. de la parte resolutiva.

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

FALLA

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DEDUCCION–Requisitos/**IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

En materia tributaria no resulta suficiente la relacion dentro del denuncio tributario de un gasto para que este sea deducible, pues el gasto debió efectivamente realizarse dentro de la vigencia fiscal correspondiente y cumplir además las exigencias contenidas en los artículos 44, 45 y 55 del Decreto 2053 de 1974, es decir, constituir una expensa necesaria para producir la renta y además que la misma corresponda al concepto del gasto necesario o normalmente acostumbrado dentro de la actividad propia del contribuyente generadora de ingresos, siempre que no tenga su fuente en el quebrantamiento de las normas legales o que su deducibilidad esté prohibida por la ley. (Período Fiscal de 1983).

IMPUESTO DE TIMBRE/PAGO/DOCUMENTOS–Ineficacia

Como en el *sub-lite* la sociedad contribuyente cuantifica el contrato para efectos de deducir la parte que le corresponde sufragar, ha debido pagarse el valor del impuesto reajustado conforme al artículo 14 de la Ley 2a. de 1976, y al no haberse hecho así el documento aportado carece de valor probatorio, porque si bien aparece fotocopia de una declaración de impuesto de timbre de un contrato de cuantía indeterminada (de fecha diciembre 26 de 1974 presentada en abril de 1988, es decir, 14 años después), no se pagó la sanción prevista en el artículo 42 de la Ley 2a. de 1974 ni se pagó el impuesto sobre la suma ya determinada. Es decir el documento convenio no puede tomarse como prueba en razón de no haberse satisfecho el pago del impuesto de timbre exigido por la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 3238. Actor: Sociedad de Lima & Cía. Ltda. Nit. 90.401.584. Apelación de la sentencia del 30 de Julio de 1990 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta año gravable de 1983. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 30 de julio de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "DE LIMA & CIA. LTDA." NIT. 90.301.664, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Cali le determinó el Impuesto de renta a cargo para el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Cali, previo requerimiento, mediante la liquidación de revisión 758 del 3 de Abril de 1986, modificó el impuesto que privadamente se determinó la sociedad contribuyente, por el año de 1983, en razón del rechazo de "otras deducciones" sin relacionar por $53.159.606, el desconocimiento de las retenciones en la fuente y la imposición de una sanción de $2.959.276 por no relacionar los beneficiarios de deducciones.

Contra dicho acto administrativo, la sociedad contribuyente, recurrió en reconsideración ante la misma Administración, alegando además de la nulidad, su desacuerdo contra cada uno de los rechazos efectuados por la Administración como contra la sanción impuesta.

Mediante la Resolución 280 del 23 de septiembre de 1987, la División de Recursos Tributarios modificó la liquidación recurrida, reconociendo el valor de las deducciones por $29.250.143. Resolución que quedó en firme en virtud de lo dispuesto por el artículo 152 literal a) del Decreto 2503 de 1987.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974; 32, 42, 46, 49 y 57 de la Ley 52 de 1977; 120 de la Constitución Nacional; 23 y 62 del Decreto Ley 1651 de 1961; 22, 23 y 47 del Decreto reglamentario 825 de 1978; 2o. del Decreto 3410 de 1983; 30 de la Ley 20 de 1979; 59 del Decreto 3803 de 1981 (sic) y 27 del Decreto 080 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda, anuló los actos acusados y declaró en firme la liquidación privada presentada por la actora, con base en las manifestaciones hechas en la demanda y especialmente fundamentándose en el convenio suscrito entre la actora y la beneficiaria de los pagos glosados por la Administración.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada al apelar la sentencia manifiesta su discrepancia con la decisión del *a-quo*, de aceptar la deducción cuyos requisitos de necesidad y causalidad no fueron cumplidos de acuerdo con los artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974. Estima que el sólo requisito de la proporcionalidad, aceptado por el Tribunal no es suficiente para su reconocimiento fiscal y menos aún con base en un acuerdo al que se hace referencia en la sentencia, pues él mismo no puede considerarse como prueba pues no identifica la clase de gastos.

Propone así mismo la ineptitud de la demanda por falta de identificación correcta de la parte demandada.

Con ocasión del traslado a las partes alega que la sociedad en la vía gubernativa rehuyó informar cual era el objeto de tales servicios y sólo los expone en forma manifiesta con ocasión de la demanda y cuestiona el contrato de servicios celebrado con la sociedad "SERVICIOS NACIONALES DE LIMA S.C.A.", que según lo expone la actora fue de $21.794.234, concluyendo que el gerente, dadas las funciones de la asamblea de socios, carecía de facultad para celebrar el contrato mencionado.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la actora se opone a las pretensiones del apelante, argumentando que en el escrito de la demanda se establece plenamente la necesidad, causalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las deducciones discutidas, que se prueban con el acuerdo firmado con la sociedad de SERVICIOS NACIONALES "S.C.S.", el 26 de Diciembre de 1974, en el que se establecen qué conceptos son gastos repartibles entre el grupo DE LIMA & CIA. LTDA., a quien SERVICIOS NACIONALES DE LIMA S.C.S. presta servicios de asesoría contable, jurídica, tributaria, etc., documento que anexó con la demanda.

Reitera que en cuanto a la distribución a socios de pagos a éstas, las normas tributarias no limitan esas erogaciones entre las compañías y los socios personas jurídicas y que por lo tanto es clara la posición del ponente en su providencia. Pide se confirme la sentencia.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser revocada en cuanto acepta las deducciones, porque el documento que obra a folio 33 del cuaderno principal, en el supuesto de tener alguna validéz, no demostraría absolutamente nada porque no aclara a qué se refiere, es decir, si a la prestación de los servicios de contabilidad, auditoría, contraloría, etc., prestados por SERVICIOS NACIONALES DE LIMA S.C.A. o a otra clase de operaciones entre ambas sociedades ni demuestra el hecho que afirma la demanda, o sea que existe relación de causalidad entre la renta declarada y los gastos.

Con relación a la sanción impuesta por la Administración, pero no liquidada por el *a-quo* estima, que al no haberse discutido el asunto por el apelante, este aspecto no puede ser modificado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la apelación no es otro que el reconocimiento de las deducciones pagadas por la sociedad contribuyente a una sociedad vinculada, que para efectos fiscales hizo el Tribunal de primera instancia, y que la apoderada de la entidad demandada considera improcedente por carecer de los requisitos exigidos por los artículos 44, 45 y 55 del Decreto 2053 de 1974, y no probados dentro del expediente.

Observa la Sala que el motivo del rechazo de las deducciones solicitadas, por parte de la Administración, según se deduce tanto del requerimiento oficial como del fallo del recurso de reconsideración en la vía gubernativa, fue la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley especialmente al de identificación del beneficiario del pago. Posteriormente en la respuesta al requerimiento, el hacer omitido el concepto del pago y además la circunstancia de ser inconsistente la información suministrada con oportunidad del requerimiento en la relación de 10 hojas firmadas por el contador público, que solo indica que son gastos contabilizados, sin indicar el concepto.

Al resolver el recurso de reconsideración, la Administración de Impuestos Nacionales informa sucintamente de la presentación de la declaración tributaria de la contribuyente con la entrega única del formulario sin anexos, la que luego completa únicamente con el anexo oficial No. 3 sobre intereses, corrección monetaria, comisiones, honorarios, créditos, deudas, ventas de activos fijos, anexo de balance B-1, conciliaciones bancarias, estado de pérdidas y ganancias, pérdida en venta de activos, comisiones ganadas, otros ingresos, ingresos para terceros, donaciones, relación de cartera y cuentas de orden, y que en referencia con el gasto glosado, las relaciones presentadas con firma de contador, de las cuales algunas no indican el concepto, no son

suficientes para la aceptación fiscal del costo si ésta es inconsistente y además no cumple con los requisitos de proporcionalidad y causalidad.

El incumplimiento de los requisitos formales de la declaración tributaria con relación a los gastos rechazados por la Administración, implicaba para la sociedad el deber de probarlos, para que una vez demostrada su existencia pudiera aquella calificar, de acuerdo con la ley, la deducibilidad de los mismos, previo el cumplimiento por parte de la sociedad contribuyente de los requisitos formales y materiales exigidos por las normas tributarias.

Evidentemente en materia tributaria no resulta suficiente la relación dentro del denuncio tributario de un gasto para que éste sea deducible, pues el gasto debió efectivamente realizarse dentro de la vigencia fiscal correspondiente y cumplir además las exigencias contenidas en los artículos 44, 45 y 55 del Decreto 2053 de 1974, es decir, constituír una expensa necesaria para producir la renta y además que la misma corresponda al concepto del gasto necesario o normalmente acostumbrado dentro de la actividad propia del contribuyente generadora de ingresos, siempre que no tenga su fuente en el quebrantamiento de las normas legales o que su deducibilidad esté prohibida por la ley.

Precisamente, la actora para probar la realidad del gasto rechazado por la Administración de Impuestos presentó con ocasión de la demanda "UN CONVENIO" celebrado entre ella y la beneficiaria del pago (vinculada), que sirvió de base al reconocimiento por parte del *a-quo* y que cuestiona el apoderado judicial de la Nación.

Documento que efectivamente obra a folio 33 del cuaderno principal en fotocopia, con nota de autenticación del 29 de Abril de 1988, en el que consta la obligación de la sociedad contribuyente de pagar el 24.77% de los gastos comunales del edificio que ocupa conjuntamente con la beneficiaria del pago y soportar el cobro de los gastos generales en que incurra SERVICIOS NACIONALES LTDA., en forma proporcional, de acuerdo a los ingresos por comisiones. Este documento, como bien lo precisan tanto la apoderada de la entidad demandada como el colaborador fiscal no es prueba suficiente para demostrar el gasto deducible, pues no señala ni concreta en manera alguna los gastos incurridos por SERVICIOS NACIONALES, que proporcionalmente y por tener relación de causalidad con la renta de DE LIMA & CIA. LTDA., permitan determinar su cuantía, su proporcionalidad y necesidad.

Pero aún más el documento convenio no puede tomarse como prueba, en razón de no haberse satisfecho el pago del impuesto de timbre exigido.

En efecto, de conformidad con la Ley 2a. de 1976, artículo 25 (antes art. 22 del Decreto 284 de 1973), ningún instrumento o actuación sujeto al

impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses, en su caso.

A su vez el artículo 14 de la misma ley (que subrogó el art. 41 del Decreto extraordinario 284 de 1973) establece la tarifa del impuesto para los diferentes tipos de contratos y en materia de convenios de cuantía indeterminada, fijó el valor del impuesto en $ 250, suma que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 34 numeral 3o. del mismo ordenamiento jurídico debió ajustarse y pagarse el impuesto sobre su valor determinado, so pena de no producir efectos fiscales y perder todo valor probatorio ante las autoridades judiciales o administrativas.

Dice así la norma:
"Para la determinación de las cuantías a que se refiere esta ley, se observarán las siguientes reglas:

"...3o. *se ajustarán los impuestos cuando inicialmente fue indeterminado el valor de un acto, sujeto a ellos o incorporado a documento que los origine y posteriormente dicho valor se haya determinado; sin la prueba del pago del Impuesto ajustado, no serán deducibles en lo referente a Impuestos de renta y complementarios, los pagos ni las obligaciones que consten en los instrumentos gravados, ni tendrán valor probatorio, ante las autoridades judiciales o administrativas''. Subraya la Sala).*

Como en el *sub-lite* la sociedad contribuyente cuantifica el contrato para efectos de deducir la parte que le corresponde sufragar en la suma de $21.794.234 ha debido pagarse el valor del impuesto reajustado conforme lo indica la norma transcrita, y al no haberse hecho así, el documento aportado carece de valor probatorio, porque si bien a folio 206 del expediente aparece una fotocopia de una declaración de impuesto de timbre de un contrato de cuantía indeterminada de fecha Diciembre 26 de 1974, presentada en Abril de 1988, es decir, 14 años después, no se pagó la sanción prevista en el artículo 42 de la Ley 2a. de 1974 ni se pagó el impuesto sobre la suma ya determinada conforme se anotó.

En consecuencia, censura la Sala la actitud del Tribunal que admite el documento como prueba para aceptar la deducción pedida, por lo tanto la sentencia debe revocarse, y denegarse las súplicas de la demanda ante la ausencia de prueba o documento conducente y eficaz que dé a la Sala la convicción necesaria que le permita deducir la existencia del gasto y su correspondiente deducción conforme con las normas fiscales vigentes entonces.

En relación con la no imposición de la sanción en la presente oportunidad, comparte la Sala el concepto del agente del Ministerio Público, ya

que si bien su imposición fué objeto de cuestionamiento en la demanda, el Tribunal, no se pronunció sobre los cargos formulados, y no ha debido levantarla, pero ahora la apoderada judicial de la Nación al apelar el fallo de primera instancia, no cuestionó la decisión del *a-quo* en este punto y por ello, no puede modificarse la sentencia en este aspecto, de acuerdo con el principio de la *reformatio in pejus*.

En consecuencia resulta procedente la práctica de una nueva liquidación que quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
RENTA LIQUIDA		
La determinada en la Resolución 280 del 23 de Septiembre de 1987 de la División de Recursos Tributarios de Cali no varía	$ 52.647.086	$ 9.476.476
Menos descuentos tributarios		$ 217.409
TOTAL A CARGO		$ 9.259.067
RENTA A DISTRIBUIR		
Renta gravable establecida		$ 52.647.086
Menos: Reserva legal	$ 1.000.000	
Impuesto	$ 9.259.067	$ 10.259.067
Renta a distribuir		$ 42.388.019

NOMBRE SOCIOS	NIT.	%	RENTA GRAVABLE
De Lima Bohmer y Cía. Ltda.	90.306.451	17.98	$ 7.621.366
Servicios Nacionales De Lima	90.307.989	72.53	$ 30.744.030
Inversiones Pte. Piedra Ltda.	90.305.577	4.46	$ 1.890.505
Desarrollos Económicos Ltda.	90.311.959	3.97	$ 1.682.805
Asesorías e Inversiones Andina	90.309.179	0.68	$ 288.239
Monedero Gómez Jaime	6.087.523	0.12	$ 50.865
De Lima Bohmer Ernesto	16.820.469	0.25	$ 110.209
		100.00	$ 42.388.019

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) FIJASE en la suma de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CERO SESENTA Y SIETE PESOS ($9.259.067) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1983, corresponde pagar a la sociedad DE LIMA & CIA. LTDA. NIT. 90.301.584, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS

El sistema de una tarifa mínima mensual para el Impuesto de Industria y Comercio, combinado con el de ajuste anual de ésta según la devaluación de la moneda no tiene respaldo en la Ley 14 de 1983 o Decreto 1333 de 1986 que fijó la base en el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior y unas tarifas graduables entre el 2 y el 7 por mil. Igualmente si determinadas actividades están ya sujetas al impuesto de Industria y Comercio conforme a sus normas, bases y tarifas generales, no puede adicionarse al mismo establecimiento o actividad con otros a título de "patente nocturna" sobre aparatos musicales; asímismo el gravamen a "cierta publicidad" no puede desligarse del régimen del impuesto de Avisos y Tableros que la Ley 14 convirtió en un complementario del de Industria y Comercio.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los apartes y artículo del Acuerdo Municipal No. 042 de 1989 del Municipio de Neiva.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4065. Actor: José James Chávez Muñóz. C/ Municipio de Neiva. Apelación Interlocutorios – Auto.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Neiva contra el decreto de suspensión provisional de algunos artículos del Acuerdo 042 de 1989 ordenada por el Tribunal Administrativo del Huila en auto del 7 de octubre de 1991.

ASPECTOS PROCESALES

Este recurso se decide de plano, o sea sin traslados, por autorizarlo así de manera especial el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo.

El recurso de "apelación" sí era el procedente por consagrarlo el inciso final del artículo 207 del C.C.A. (artículo 46 Decreto 2304 de 1989) es decir que "cuando se pida suspensión provisional... 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*" (subraya la Sala). Ahora bien, éste es un negocio de dos instancias del cual conoce en primera el Tribunal según la regla segunda del art. 132 del C.C.A. en concordancia con la primera del art. 131 ibídem (Decreto-Ley 597 de 1988, art. 2o.) por tratarse de nulidad de acto administrativo del orden municipal de la capital del Departamento.

FUNDAMENTOS

Encontró el Tribunal manifiestamente contrarias a normas superiores varias disposiciones del citado Acuerdo 042 de 1989 orgánico del Impuesto de Industria y Comercio, especialmente en aspectos relacionados con las tarifas y las bases gravables autorizadas por el art. 33 de la Ley 14 de 1983, a saber:

– Los parágrafos de los artículos 48, 49, 50 y 51 que introducen un sistema de reajuste del impuesto conforme el índice de inflación determinado por el DANE.

– En los mismos artículos 48, 49 y 50 parágrafos y en los artículos 90, 93, 94, 95, 97, 98 y 99 se crea un sistema de pagos mínimos (diarios, mensuales, trimestrales, anuales).

En los artículos 93, 94 y 95 una tarifa fija para determinada clase de propaganda, se observó una contradicción con el art. 37 de la citada Ley 14 de 1983 que regula el Impuesto de avisos y tableros.

Y, el artículo 86 que crea un Impuesto de patente nocturna sobre aparatos musicales y altavoces y el de juegos permitidos, al igual que en los artículos 87, 90, 91, 93, 94 y 95 resultan contrarios al art. 32 de la Ley 14 de 1983, porque crea un gravamen adicional al de Industria y Comercio a actividades ya gravadas con este impuesto.

La orden de suspensión provisional del auto apelado dispone:

"3o. Decretar la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Acuerdo No. 042 de 1989 del Concejo Municipal de Neiva:

"Parágrafo del Artículo 48; Parágrafo del Artículo 49; Parágrafos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Artículo 50; Parágrafo del Artículo 51; Artículos 86, 87, 89 inciso 1o., 90, 91, 92, 93 inciso 1o.; 94, 95, 98 y 99".
"....."

La defensora del Municipio sustenta el recurso en resumen, con consideraciones históricas sobre la facultad impositiva de los municipios otorgada por la Constitución y las Leyes 97 de 1913, 84 de 1915, 89 de 1936 y 14 de 1983 "entre otras" con base en las cuales considera que sí goza de facultad de establecer los gravámenes en la forma como lo hizo el Acuerdo acusado y que no se trata de una dádiva del Legislador. Estime que dentro de los parámetros de la Ley 14 por no estar prohibido el reajuste establecido, es posible decretarlo y el gravamen sobre una publicidad difiere del concepto de la gravada con el Impuesto de Avisos y Tableros.

CONSIDERACIONES:

Tiene la Sala una línea jurisprudencial bastante definida sobre la autonomía relativa de los Concejos Municipales para el establecimiento de cargas impositivas en el sentido de que sus facultades están supeditadas a la ley y solamente dentro del marco señalado por ésta pueden regular en su respectiva jurisdicción los gravámenes autorizados. Este esquema que venía de la Constitución de 1886 se conservó en la de 1991 no obstante que en varias materias se atribuyeron mayor autonomía los entes municipales. El art. 313 otorga a los Concejos la facultad de "votar de conformidad con la Constitución y *la ley* los tributos y los gastos locales" (numeral 4o. y subraya la Sala).

Es suficiente esta consideración general para reafirmar el carácter derivado y no absolutamente autónomo de los Concejos para decretar impuestos locales.

En cuanto a la regulación general del Impuesto de Industria y Comercio contenida inicialmente en la Ley 14 de 1983 y en la actualidad incorporadas sus disposiciones respectivas en los artículos 195 a 213 del Código de Régimen Municipal Decreto Extraordinario 1333 de 1986, la Sala está en principio de acuerdo con la apreciación del Tribunal en el sentido de que las disposiciones suspendidas contradicen las normas superiores invocadas, aunque ciertamente puede observarse la buena intención del Cabildo de modernizar los sistemas o ajustarlos a las nuevas necesidades o modalidades de la vida municipal.

Pero, en efecto, el sistema de una tarifa mínima mensual, combinado con el de un ajuste anual de ésta, según la devaluación de la moneda, no tiene respaldo en la Ley 14 de 1983 o Decreto 1333 de 1986 que fijó la base en el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior y unas tarifas graduables entre el 2 al 7 por mil. En esta forma el impuesto necesariamente debe ser el resultado de aplicar la tarifa a la base, sin que sea dable afirmar que ese resultado no puede ser inferior a determinada cifra y que ésta, además se pueda reajustar anualmente según sea la devolución monetaria.

Igualmente, si determinadas actividades están ya sujetas al Impuesto de Industria y Comercio conforme a sus normas, bases y tarifas generales, no puede adicionarse al mismo establecimiento o actividad con otros a título de "patente nocturna", sobre aparatos musicales, etc., por conducir tal sistema a un doble gravamen por un misma actividad comercial o de servicios, como bien lo dice el Tribunal en la providencia apelada.

Y, el gravamen a "cierta publicidad" no puede desligarse del régimen del Impuesto de Avisos y Tableros que la Ley 14 convirtió en un complementario del de Industria y Comercio, con su propia tarifa del 15% y base indicada en el art. 37 de la Ley 14 (hoy, art. 200 Decreto 1333/86).

Basta el somero análisis resumido anteriormente para concluír que la decisión del Tribunal fué acertada, sin perjuicio del debate y examen más profundo que debe hacerse en el curso de este proceso.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE la suspensión provisional de los apartes y artículo del Acuerdo Municipal No. 042 de 1989 del Municipio de Neiva, decretada por el Tribunal Administrativo del Huila en la providencia apelada.

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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS/DESCUENTO TRIBUTARIO/LEY EN EL TIEMPO

Cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no se refiere en absoluto a las normas tributarias que son de carácter administrativo y de interés público, y menos aún que pueda pretenderse que ellas no puedan ser derogadas. Es decir, que derogada la norma invocada por la Ley 75 de 1986, no podía seguir operando hacia el futuro la exención, sin que se desconozca situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la norma, porque para cada ejercicio impositivo y según lo previsto en el artículo 99 del Decreto 2053, se requería cumplir con determinados requisitos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3835. Actor: Aeroagrícola "El Pijao Ltda.". Nit. 890.704.184. Apelación de la sentencia del 12 de agosto de 1991 del Tribunal Administrativo del Tolima. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1989. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 12 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual accedió a las súplicas de la demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "AEROAGRICOLA EL PIJAO LTDA."

NIT. 890.704.184, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué inadmitió la solicitud de devolución de impuesto a la renta y complementarios por el año gravable de 1989.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1989 el 27 de Abril de 1990, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué y consignó un saldo a favor por $4.734.000, como consecuencia de la aplicación de descuentos tributarios por valor de $3.279.000.

El 4 de mayo de 1990, solicitó ante la Administración de Impuestos de Ibagué la devolución del saldo a favor. Solicitud que fué inadmitida por la Administración, mediante Auto 029 del 21 de mayo de 1990, en razón de que el descuento tributario solicitado por la sociedad contribuyente, para castigar el monto del impuesto a cargo por la vigencia de 1989 era improcedente, por haber sido derogada expresamente la norma que lo consagraba por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986. Así mísmo indica al contribuyente que para proceder a restituirle el saldo entre el valor del impuesto sin descuentos y las retenciones en la fuente, debe proceder a corregir la liquidación privada.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acude en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Tolima alegando violación por parte del acto administrativo del artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981 en concordancia en el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las súplicas de la demanda considerando, que de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de diciembre de 1987, las empresas de fumigación aérea que a la fecha de la expedición de la Ley 75 de 1986 gozaban de ese privilegio, por haber reunido los requisitos exigidos por la Ley 2a. de 1991 continuaban gozándolo por ser un derecho adquirido con justo título, y que tales requisitos estaban demostrados dentro del proceso, y que por lo tanto el acto demandado, violó no sólo el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981 sino el 30 de la Constitución Nacional.

LA APELACION

La entidad demandada por conducto de apoderado judicial apela la sentencia, alegando que la exención prevista en el artículo 1o. de la Ley 2a.

de 1981 quedó derogada expresamente a partir de la expedición de la Ley 75 de 1986, y que la vigencia de la exención queda comprendida dentro de lo que es la aplicación de la ley en el tiempo, y cuando quiera que una ley deroga otra anterior que creaba un tratamiento preferencial, las situaciones particulares y concretas "consolidadas al amparo de la ley derogada" conservan todo su vigor, pero no así en relación con las relaciones no definidas jurídicamente en razón de la derogatoria que se dá.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación estima que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, porque en su concepto el derecho al descuento consagrado por las normas derogadas sólo regía hasta el año de 1986, fecha en la cual se expidió la Ley 75 y como la situación fiscal del contribuyente no se consolidó en manera alguna en el año de la derogatoria, sino que esa consolidación operó para el denuncio rentístico que debió hacer la sociedad en 1987, ya no podía reclamar la exención.

Que de lo contrario podría pensarse, en la aplicación de normas derogadas bajo la argumentación de que el Estado no podía desconocer los derechos adquiridos, con la secuela absurda de la inmodificación de la ley tributaria.

Comparte el planteamiento hecho por el apoderado judicial de la Nación, cuando afirma que "el derecho a la exención se causa por año, pero, para gozarlo se requiere que la misma ley lo conceda, pero desafortunadamente para el año de 1989 esa exención salió de la ley tributaria por la derogatoria que la norma concedía".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la apelación está en la pretensión de la Administración de impuestos Nacionales de que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto reconoce una exención tributaria bajo el amparo de una norma, que para la fecha de la solicitud por parte del contribuyente ya había sido derogada, invocando para el efecto la existencia de derechos adquiridos por parte del contribuyente.

Se trata del reconocimiento de la exención prevista en el artículo 99 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, para las empresas colombianas de transporte aéreo y para las empresas de servicios de fumigación aérea, vigente hasta el año de 1979 y prorrogada por el término de diez años más por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981. Norma que efectivamente fué derogada expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, es decir, que se trata del reconocimiento de un beneficio tributario establecido por una ley que no

existía dentro del ordenamiento jurídico para la vigencia fiscal de 1989, por haber sido derogada expresamente, pero a la cual se pretende extender sus efectos en el tiempo, alegando derechos adquiridos a la exención.

El asunto relacionado con los derechos adquiridos en materia tributaria, ha sido analizado tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como por la del Consejo de Estado y ambas Corporaciones han precisado que cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no se refiere en absoluto a las normas tributarias que son de carácter administrativo y de interés público, y menos aún que pueda pretenderse que ellas no puedan ser derogadas.

Este aspecto y en relación con la exención que se discute, fué dilucidado por la Corte Suprema de Justicia al conocer de la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, en sentencia del 9 de diciembre de 1987 y específicamente, por haber derogado el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981.

En esta oportunidad dijo la Corte:

"Alcance de la disposición derogatoria.
"A juicio de la Corte, una cosa es derogar disposiciones legales preexistentes, para lo cual está autorizado el legislador (art. 76, ord. 1o. C.N.), y otra bien distinta es desconocer los derechos adquiridos con justo título por particulares a la luz de leyes anteriores, lo cual está prohibido expresamente por el artículo 30 de la Carta Política.

"En el caso objeto de este proceso, el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, se limitó a enumerar los preceptos derogados, por vía general, esto es, sin hacer referencia favorable ni desfavorable a las situaciones particulares y concretas que se hubieren consolidado al amparo de dichas disposiciones mientras tuvieron vigencia.

"Lo anterior quiere decir que el objeto del artículo en mención no fué otro que el de cristalizar la voluntad del legislador en el sentido de que, hacia el futuro, dejarán de regir las normas que enunciaba.

"De allí no se puede corregir, ni en lógica ni en derecho, que el legislador hubiese desconocido situaciones concretas, ya que la sola derogatoria no implica afirmación ni negación en lo que a ellas atañe, pues se trata, de dos niveles jurídicos, claramente diferenciables; el general o abstracto, propio de la ley, y el particular o específico, en el que corresponde actuar, según sus competencias, a las autoridades judiciales o administrativas.

"Declarar derogada una norma que consagraba cierto beneficio tributario en modo alguno significa poner en tela de juicio los derechos que, en casos concretos (como los planteados por el actor en cuanto a empresas de fumigación aérea), se hubieren radicado en cabeza de personas particulares durante el tiempo en que tal beneficio era aplicable, ya que no es asunto del legislador sino de la administración tributaria y, en su caso, de los organismos jurisdiccionales competentes, definir si en cada caso se cumplieron (durante la vigencia de la norma que consagraba el beneficio) los requisitos legalmente exigidos para entender que se trataba de un derecho adquirido y nó de una mera expectativa.

"Lo que tutela la norma constitucional es la seguridad que debe cobijar a las personas en el sèntido de que situaciones consolidadas a la luz de leyes anteriores no resulten después desconocidas, pero de ninguna manera significa que la norma abstracta y general a cuyo amparo esas situaciones se consolidaron deba obligatoriamente seguir rigiendo, pues ello equivaldría no sólo a petrificar la legislación sino a forzar el que se sigan consolidando *"ad infinitum"* aún contra las conveniencias públicas por haberse maniatado al legislador.

"Según el texto del artículo 30, los derechos adquiridos con justo título no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Ello impide que el legislador dicte nuevas normas que los violen o por medio de las cuales se establezca que esos derechos no existen o que no se reconocen. Pero tal no es el caso presente, ya que cuando derogó el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, no dijo el legislador que las empresas de fumigación aérea que habían cumplido ya los requisitos en cuya virtud gozarían del descuento tributario en los términos que la norma derogada establecía, perderían el derecho a ese descuento. Dijo, simplemente que, en adelante, no rige ese tratamiento tributario especial, de donde se colige que aquellas empresas de fumigación aérea que, al momento de la derogatoria, aún no habían cumplido la totalidad de los requisitos legales y, por tanto, aún no gozaban de un derecho adquirido sino que tenían una mera expectativa, no pueden aspirar a que ese derecho llegue a radicarse en su cabeza".

Es decir, que derogada la norma invocada por la Ley 75 de 1986, no podía seguir operando hacia el futuro la exención, sin que se desconozca situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la norma, porque para cada ejercicio impositivo y según, lo previsto en el artículo 99 del Decreto 2053, se requería cumplir con determinados requisitos, entre ellos la destinación del 100% del valor del impuesto calculado, a la renovación, adición o mantenimiento de los equipos de vuelo.

Lo anterior permite inferir que cuando se derogó la exención alegada expresamente, por el artículo 108 de la Ley 75 de diciembre 23 de 1986,

no era posible prever sobre la existencia futura del sujeto pasivo, su eventual producción de utilidades, y menos aún dar por cierta la destinación de un valor igual al impuesto de renta en la inversión exigida por la ley, es decir, no existía con relación al período discutido una situación jurídica consolidada bajo el amparo de la Ley 2a. de 1981, que hubiera obligación de respetar.

Por esta razón la sentencia de primera instancia que concluye, que las empresas de fumigación aérea, que a la fecha de la expedición de la Ley 75 de 1986, gozaban del beneficio fiscal, por haber reunido los requisitos exigidos por la Ley 2a. de 1981 continuaban gozándolo, merece revocarse pues a tal conclusión no puede llegarse interpretando aisladamente apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con desconocimiento de la vigencia de la ley en el tiempo.

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 deniéganse las súplicas de la demanda.

3) RECONOCESE al doctor FERNANDO SUAREZ V., como apoderado de la entidad demandada conforme con los términos del poder que obra a folio 81 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE CORRECCION/ERROR ARITMETICO–Improcedencia

El artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, exige, necesariamente, para que proceda la corrección aritmética como supuesto básico la "declaración correcta" de los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables. Circunstancia que debe verificarse previamente por la Administración de Impuestos, no sólo con la declaración y anexos presentados por el ejercicio, sino atendiendo a los demás elementos de juicio que obren dentro del expediente. La administración sólo se limitó a manifestar y dar carácter de verdad irrefutable al error detectado por un programa de computador sin efectuar análisis y valoración alguna. Resulta inadmisible que se confíe la determinación del impuesto exclusivamente a un programa de computador, pues en tal evento carece de toda significación la existencia del funcionario público y se torna innecesario.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3822. Actor: Carlos Arturo Cardona y Cía. S. en C. Nit. 90.323.373. Apelación de la sentencia del 17 de mayo de 1991. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1986. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 17 de mayo de

1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CARLOS ARTURO CARDONA Y CIA. S. EN C. NIT. 90.323.373, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, le determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo para la vigencia de 1986, mediante liquidación de corrección aritmética.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó la declaración del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1986, denunciando una renta líquida gravable de $1.223.708, sobre la cual determinó privadamente el impuesto a cargo por valor de $367.112.

La Administración de Impuestos Nacionales de Cali encontró que la sociedad, al declarar datos relativos al patrimonio líquido sujeto a renta presuntiva omitió un número ya que al consignar su valor escribió la cifra de $14.955.736, cuando a su juicio, la real era $314.955.736, y consecuencialmente incurrió en error numérico al aplicar sobre la cifra equivocada las tarifas para la determinación de la renta presunta, hecho que le representó un menor valor de impuesto por $7.191.825. Razón por la cual le determinó oficialmente el impuesto y le impuso la sanción de corrección del 30% sobre el menor valor liquidado.

Contra dicha liquidación la sociedad interpuso el recurso de reconsideración ante la Administración de Impuestos Nacionales y ésta, mediante la Resolución 416 del 29 de Diciembre de 1989, confirmó la liquidación recurrida.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la contribuyente alega en la demanda, la violación de los artículos 40, 41, 42, 45, 51 y 146 del Decreto 2503 de 1987, sustituídos por los artículos 697, 698, 702, 703 y 777 del Decreto 624 de 1989, y del artículo 180 del mismo ordenamiento.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda y anuló los actos demandados, considerando que la Administración de Impuestos Nacionales no podía, mediante liquidación de corrección aritmética, modificar la liquidación privada de la sociedad contribuyente, pues éste incurrió fué en un error de transcripción, según se desprende de los documentos que obran en el expediente. Y si tal error mecanográfico, cometido en el renglón 101 del formulario, no encajaba dentro de las previsiones

del artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, en concordancia con el artículo 697 del Estatuto Tributario, ha debido requerirse al contribuyente para que explicara las diferencias que se podían detectar entre las declaraciones de los años de 1985 y 1986. En el caso de no encontrar satisfactorias las explicaciones dadas, ha debido practicar una liquidación de revisión.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada apela la decisión del *a-quo*, pues a su juicio el acto administrativo anulado se practicó dando aplicación al artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, ya que al realizarse una anotación equivocada, la Administración necesariamente está en la obligación de efectuar la respectiva liquidación de corrección.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser revocada, pues en su concepto si se presentó error aritmético, porque este concepto no admite lubricaciones conceptuales o de criterio fundado como está en un procedimiento de verificación meramente numérico, que repele cualquier hipótesis de materialización diferente de la anotación de un dato equivocado en la declaración tributaria, dados ciertos hechos imponibles, bases gravables, tarifas u operaciones matemáticas que se deban realizar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que la cuestión discutida no es otra que el hecho de haber encontrado la Administración, a través de un programa de computador, que el contribuyente al tasar la renta presuntiva, consignó un quarismo distinto al que resulta de aplicar a la cifra declarada como patrimonio líquido, en el año gravable de 1986, la tarifa de renta presunta establecida por la ley, y que precisamente con los resultados dados por el programa, determinó la supuesta existencia de un error numérico. Pero también observa que en la declaración de renta y patrimonio del ejercicio inmediatamente anterior al gravable, el valor del patrimonio líquido declarado es notoriamente inferior al consignado en la declaración de renta del año gravable de 1986, y que el contribuyente desde la vía gubernativa alegó haber cometido un error mecanográfico o de transcripción al consignar la cifra correspondiente, pues en lugar de registrar el valor correcto de $30.074.642 escribió $330.074.642.

Dispone el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987:

"Errores aritméticos.
"Se presenta error aritmético en las declaraciones tributarias cuando:
"1) A pesar de haberse declarado correctamente los valores correspon-

dientes a hechos imponibles o bases gravables se anota como valor resultante un dato equivocado.

"2) Al aplicar las tarifas respectivas se anota un valor diferente al que ha debido resultar.

"3) Al efectuar cualquier operación aritmética, resulta un valor equivocado que impliqùe 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". (Subraya la Sala).

El contexto literal de la norma exige, necesariamente, para que proceda la corrección aritmética como supuesto básico la "declaración correcta" de los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables. Circunstancia que debe verificarse previamente por la Administración de Impuestos Nacionales, no sólo con la declaración y anexos presentados por el ejercicio contable, sino atendiendo a los demás elementos de juicio que obren dentro del expediente, como lo dispone el artículo 742 del Estatuto Tributario (antes el artículo 32 de la Ley 52 de 1977), según el cual la determinación de los tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente por los diferentes medios probatorios señalados por la ley.

Se observa que la Administración de Impuestos Nacionales de Cali no estudió ni los anexos, ni la prueba presentada en la vía jubernativa, documento que además ya obraba en su poder por haberlo presentado en el ejercicio anterior el contribuyente, y solo se limitó a manifestar y dar carácter de verdad irrefutable al error detectado por un programa de computador sin efectuar análisis y valoración alguna, Además de que en el mismo formulario se preveía un renglón para incluír el dato del valor del patrimonio del año anterior.

A juicio de la Sala tal proceder no fué correcto, porque el funcionario administrativo antes de proceder a liquidar un gravamen está en la obligación de analizar y discernir sobre los hechos económicos del contribuyente demostrados en el expediente, para que una vez tenga certeza sobre los mismos proceda a determinarle el tributo y la sanción correspondiente. Resulta inadmisible desde todo punto de vista que se confía la determinación del impuesto exclusivamente a un programa de computador, pues en tal evento carece de toda significación la existencia del funcionario público y se torna innecesario.

Si se analizan los documentos que reposan en el expediente, específicamente las declaraciones de renta que obran a folios 50 a 57 (numeración recursos tributarios) del cuaderno de antecedentes administrativos, claramente se observa que el patrimonio líquido del contribuyente, consignado en el

Código 01 era de $33.022.892 y sobre este valor, previo los ajustes señalados en la ley, debió determinarse la renta presunta, tal como hizo la contribuyente en su liquidación privada.

En consecuencia la sentencia de primera instancia que así lo admite y que declara en firme la liquidación privada, es acertada y 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

1) CONFIRMASE LA SENTENCIA DEL 17 de mayo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el juicio 16331 correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CARLOS ARTURO CARDONA & CIA. S. EN C. NIT. 90.323.373, contra el acto administrativo de liquidación de corrección que por el año gravable de 1986, le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Cali.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AUTO INTERLOCUTORIO/RECURSO DE REPOSICION/RECURSO DE SUPLICA

Sólo son de Sala los siguientes autos interlocutorios: el auto inadmisorio de la demanda; el admisorio de la demanda en que se decida la suspensión provisional; el que decide la apelación y el recurso de queja en procesos de jurisdicción coactiva; el que decide la apelación del auto que resuelve sobre la liquidación de condenas en costas; el que decide en única instancia sobre la liquidación de condena en costas; el que decide sobre la consulta de autos sobre liquidación de condenas en abstracto y en costas y el que decide la apelación de autos que ponen fín al proceso. Los demás interlocutorios proferidos por el Consejo de Estado, son expedidos por el Ponente y por tanto respecto de ellos, solamente procede el recurso ordinario de súplica, más no el de reposición.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3817. Actor: Ana Lucía Estrada de Mesa. Autoridades Nacionales. Auto.

Para decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 18 de febrero próximo pasado debe estudiarse lo relativo a la procedencia del recurso así:

1o.– El recurso de reposición, de acuerdo con el artículo 180 del C.C.A. procede en el Consejo de Estado, contra los actos de trámite que dicte el Ponente y los interlocutorios dictados por las Salas.

2o.– A su vez el artículo 183 del C.C.A. indica que el recurso ordinario de súplica procederá en todas las instancias contra los autos interlocutorios proferidos por el Ponente.

3o.– Ahora, si bien los autos de trámite (sustanciación) los dicta el Ponente, los interlocutorios pueden ser expedidos tanto por la Sala como por aquél, según la naturaleza del asunto tratado.

4o.– En este orden de ideas, la posición de esta Corporación ha sido constante en que sólo son de Sala los siguientes autos interlocutorios:

a) Auto inadmisorio de la demanda (art. 143 C.C.A.).

b) Auto admisorio de la demanda en que se decida la suspensión provisional.

c) Auto que decide la apelación y recurso de queja en procesos de jurisdicción coactiva, del art. 129. numeral 3o.

d) Auto que decide la apelación del auto que resuelve sobre la liquidación de condenas en costas (art. 181, num. 4).

e) Autos que deciden en única instancia sobre la liquidación de condena en costas (art. 181 num. 4).

f) Autos que deciden sobre la consulta de autos sobre liquidación de condenas en abstracto y en costas, referidos en el art. 184 del C.C.A. y

g) Autos que deciden la apelación de autos que ponen fín al proceso, art. 181 numeral 3o.

5o.– Los demás interlocutorios proferidos por el Consejo de Estado, son expedidos por el Ponente y por tanto respecto de ellos, solamente procede el recurso ordinario de súplica, más nó el de reposición, según se vió.

6o.– En este orden de ideas, y de acuerdo con la constante posición de esta Corporación, es claro que el auto impugnado no es de mero trámite, sino que es auto interlocutorio, pero, de aquéllos proferidos por el Ponente, por lo cual no se incluyó en la anterior relación.

7o.– Y si, como se vió, respecto de los autos interlocutorios que dicte el Ponente, no proceda el recurso de reposición, sino el de súplica, siendo el auto impugnado precisamente interlocutorio de Ponente, deberá rechazarse por improcedente el recurso de reposición interpuesto, como efectivamente se hace.

Cópiese, y notifíquese.

Guillermo Chahín Lizcano. *Jorge A. Torrado,* Secretario.

LIBROS DE CONTABILIDAD– Atraso

El libro de inventarios y balances aún cuando evidentemente de acuerdo con el Código de Comercio sólo existe obligación de efectuar por norma general; un inventario al final del ejercicio y un balance anual al cierre del mismo, es indudable que fenecido el año fiscal de 1984, a la fecha de la inspección contable (30 de abril de 1985) la falta de registro de las operaciones correspondientes excedió el término de tres meses previstos en la ley para considerar al día la contabilidad. Además resulta inadmisible que pueda entenderse, que se lleve la contabilidad al día cuando el asiento de las operaciones se efectúa en el libro diario únicamente sin registrarlas en el libro mayor, pues la contabilidad es una sola y todos los libros que lleve la empresa deben guardar en sus asientos la debida correspondencia.

FUERZA MAYOR–Inexistencia/CASO FORTUITO–Inexistencia/SANCION POR LIBROS

Consiste la fuerza mayor o el caso fortuito en el imprevisto a que es imposible resistir, según lo define el artículo 1o. de la Ley 95 de 1980, y en el caso alegado por la actora el hecho de la no oportuna información de las sociedades de las cuales era socia no corresponde a esta configuración, pues en ella se mezclan la voluntad y negligencia para el no suministro de la información a tiempo. Aún en el evento de que se tratara de un imprevisto imposible de resistir su simple acaecimiento no produce el efecto liberatorio que se persigue (exención de la sanción por libros), pues ésta debe probar ausencia de culpa o dolo y que en él no interviene directa ni indirectamente su conducta, y que no obstante las medidas razonables para precaverse, el suceso tuvo características de irresistible o imprevisible.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3663. Actor: Colombiana de Drogas Ltda. Nit. 60.032.003. Apelación de la sentencia del 4 de abril de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Sanción por libros 1985. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 4 de Abril de 1991, 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 "COLOMBIANA DE DROGAS LTDA." NIT. 60.032.003, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le impuso sanción por libros de contabilidad, por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES

Previa inspección a la contabilidad de la sociedad contribuyente, ordenada por auto comisorio No. 000229 del 29 de Abril de 1985, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por Resolución No. 40190 del 10 de Abril de 1986, impuso sanción por libros de contabilidad, con fundamento en el atraso de más de tres meses encontrado en los libros Diario, Mayor e Inventarios y Balances, consulta los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, que fueron resueltos mediante las Resoluciones 0927 del 28 de octubre de 1988 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y 000068 del 9 de diciembre del mismo año, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que confirmaron la sanción impuesta.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acude ante la Jurisdicción Contenciosa acusando al acto administrativo de ser violatorio de los artículos 15 y 56 del Decreto 3803 de 1982, alega que la contabilidad no estaba atrasada por más de tres meses, porque atendiendo al contexto literal del artículo 56, en el libro mayor de inventarios y balances debía registrar forzosamente las utilidades o pérdidas que hubiera obtenido en 68 sociedades de las cuales era socia y que, como dicha información sólo fué conocida el 30 de abril de 1985, la contribuyente tenía hasta el mes de julio del mismo año para sentar en el libro mayor, inventarios y balances esa información.

Así mismo cuestiona la imposición de la sanción por no haber tenido en cuenta la fuerza mayor, consistente en el retardo en el suministro de la información por parte de las sociedades de la cual era socia, violando el acto administrativo el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 que consagró la fuerza mayor y el caso fortuito como exonerativos de la sanción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 4 de Abril de 1991, denegó las súplicas de la demanda al considerar que los argumentos dados por el libelista para fundamentar la violación del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982 se afianzan en el concepto 3993 del 4 de marzo de 1985 de la Dirección de Impuestos, que no arrimó al proceso y que contrariamente a lo afirmado por la actora, no bastaba el registro de las operaciones en el libro diario para estar al día, porque siendo el contenido de los libros mayor, inventarios y balances la condensación de tal información, dichas operaciones debieron registrarse también en aquellos, más aún cuando el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, al considerar para efectos de la sanción que los libros de contabilidad deben estar al día a más tardar, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones, se refiere a todos los libros y no a alguno de ellos, y que al no excepcionar la norma, comprobado el atraso de la contabilidad, la actuación de la Administración se ajustó a derecho.

Tampoco aceptó la violación del artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 al considerar que las causales de justificación expuestas en la demanda no constituían fuerza mayor.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia de primera instancia la critica por haberse fundamentado en el concepto del Ministerio Público sin siquiera examinar si la contabilidad de la sociedad debería estar al día el 30 de Abril y no el 29 y sin explorar las posibilidades que encierra el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890, que define la fuerza mayor en el siglo pasado más no, las consuetudinarias de los albores del siglo XXI.

Reitera el reconocimiento de la causal justificativa de fuerza mayor con fundamento en lo dispuesto en la ley mercantil que según su criterio prima sobre la ley tributaria y que imposibilitó a la compañía para cerrar la contabilidad de un ejercicio, ante la falta de la información correspondiente.

Solicita se revoque la sentencia y se concedan las súplicas de la demanda.

OPOSICION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelante destacando, en primer término, que la Administración llevó a cabo la práctica de la inspección contable y el informe de visita el 30 de Abril de 1985, según constancia que obra en el auto comisorio 00229, y se estableció un atraso en la contabilidad de la contribuyente superior a 3 meses, y que demostrada la irregularidad, al Administración estaba en la obligación de imponer la sanción, ante la ausencia de causa justificativa porque, como lo afirma el Tribunal la situación creada por el alegado corte de contabilidad de las 68 empresas no puede ser un imprevisto, por cuanto era un hecho conocido por la sociedad, ni era irresistible porque solo generaba una dificultad mas no la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación legal.

Concluye que la Administración se ciñó a las normas jurídicas al aplicar la sanción y pide se confirme la sentencia.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, con eptúa que la sentencia apelada merece confirmación porque, además de compartir el criterio expuesto por el Tribunal, estima que el manejo contable le las operaciones de una empresa no sólo debe estar sujeto a las técnicas respectivas sino a la regularidad cronológica con que aquellas se suceden, de suerte que por razón de la observancia de las previsiones técnicas y legales en general, aplicables al campo, puedan ofrecer los libros y papeles de contabilidad pleno valor probatorio cuando los funcionarios de impuestos legalmente autorizados, exijan su presentación, sin que el contribuyente pueda supeditar la necesidad e importancia de mantener actualizado el registro contable a un mínimo o un supuesto considerable número de tales movimientos, desconociendo los conceptos de oportunidad y exactitud que deben orientar el manejo de la contabilidad para garantizar su eficacia probatoria.

Que en materia tributaria, el acatamiento de tales requisitos juega un papel relevante hasta el punto de que no sólo es sancionable no llevar los libros de contabilidad o no presentarlos cuando su presentación se exija, sino también el llevarlos de manera defectuosa o con atraso superior a tres meses, contado a partir de las operaciones comerciales y que salvo lo relativo el libro de inventarios y balances, cuyo manejo orienta el artículo 52 del Código de Comercio, las disposiciones legales no establecen excepción alguna a la observancia de tales requisitos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el *sub-lite* se discute la sanción por libros de contabilidad, al consi-

derar la actora que el registro de sus operaciones estaba al día, mientras que la Administración de Impuestos estima que existía atraso.

Esta misma Sala en repetidas ocasiones ha analizado lo concerniente a la oportunidad de los registros contables, y precisamente en el proceso 3215, actor Sociedad Guadualito S. A. en sentencia del 19 de abril de 1991, precisó:

> "(...)
> "Para la Sala la interpretación que debe dársele al artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, no puede ser otra que la de considerar atrasados los libros de contabilidad cuando han transcurrido tres meses, desde la fecha de las respectivas operaciones sin que éstas se hayan asentado en los libros de contabilidad, pero en manera alguna puede interpretarse que por el hecho de que en un libro mayor y balance no se haya registrado operación alguna en el año de 1985 a octubre 10 y hayan transcurrido más de tres meses desde la fecha del último asiento, diciembre 31 de 1984, proceda la imposición de la sanción. Pues depende no sólo de las normas comerciales, tributarias y prácticas contables sino de la propia actividad del contribuyente determinar la fecha de registro de operaciones de la empresa.
>
> "Es así como la ley en el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, ordena que la contabilidad debe demostrar fielmente, el movimiento diario de ventas y compras, son los artículos 52 y 445 del Código de Comercio los que señalan la obligación de, por lo menos una vez al año elaborar un inventario y un balance general; es el mismo código el que exige llevar un libro de registro de acciones, de registro de socios"..

En este orden de ideas, y con base en el informe contenido en el acta de inspección de libros, puede deducirse que efectivamente la actora incurrió en atraso de los libros de contabilidad, pues es evidente que si el 30 de Abril de 1985 el libro mayor sólo contenía asientos a noviembre de 1984, el atraso a la fecha de la inspección excedió los tres meses señalados en la ley, aún cuando en gracia de discusión se admitiera que la mayorización de las operaciones del mes de noviembre se efectuarán dentro del mes siguiente, aún así la ausencia de registro de operaciones a la fecha de la inspección contable supera el término de los tres meses establecido por la ley.

Así mismo, el libro de inventarios y balances, aún cuando evidentemente, de acuerdo con el Código del Comercio solo existe obligación de efectuar, por norma general, un inventario al final del ejercicio y un balance anual al cierre del mismo período, es indudable que fenecido el año fiscal el 31 de diciembre de 1984, a la fecha de la inspección contable, la falta de registro de las operaciones correspondientes excedió el término de tres meses previsto en la ley para considerar al día la contabilidad.

Resulta inadmisible que pueda entenderse como lo pretende la actora, que se lleve la contabilidad al día cuando el asiento de las operaciones se efectúa únicamente en el libro diario sin registrarlas en el libro mayor, pues la contabilidad es una sola y todos los libros que lleve la empresa deben guardar en sus asientos la debida correspondencia.

Es de anotar que ni la legislación comercial ni las normas fiscales establecen excepciones para el caso de contribuyentes que sean socios para permitirles que supediten el cierre de sus asientos al cierre de las sociedades filiales, ni ello podría ser, porque tratándose de sociedades imbricadas jamás sería posible el cierre oportuno en estas condiciones.

En consecuencia, a juicio de la Sala la actora si incurrió en atraso en los libros de contabilidad y se hizo acreedora a la sanción.

Fuerza Mayor

Establecido que la sociedad contribuyente incurrió en la irregularidad contable de atraso en los libros de contabilidad, es preciso analizar si efectivamente estuvo sujeta a una causal de fuerza mayor o caso fortuito, establecidos por la ley tributaria como eximientes de responsabilidad.

Alega la actora como hecho constitutivo de fuerza mayor la circunstancia de no haber podido registrar sus operaciones ante la ausencia de información de 68 sociedades de las cuales era socia, sobre el monto del capital y participaciones en las mismas. Este hecho fue analizado debidamente por el *a-quo* como no constitutivo de fuerza mayor ni de caso fortuito, apreciación que comparte la Sala, porque en efecto, consiste la fuerza mayor o el caso fortuito en el imprevisto a que es imposible resistir, según lo define el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890, y en el caso alegado por la actora el hecho de la no oportuna información de las sociedades de las cuales era socia no corresponde a esta configuración, pues en ella se mezclan la voluntad y negligencia para el no suministro de la información a tiempo. Aún en el evento de que se tratara de un imprevisto imposible de resistir su simple asdecimiento no produce el efecto liberatorio que persigue la actora, pues ésta debe probar ausencia de culpa o dolo y que en él no interviene directa ni indirectamente su conducta, y que no obstante las medidas razonables para precaverse, el suceso tuvo características de irresistible e imprevisible.

De otra parte tampoco encuentra la Sala la menor diligencia efectuada por la sociedad contribuyente en la pronto consecución de la información requerida o la utilización de algún sistema de registro con datos provisionales que luego pueden ser ajustados a los definitivos mediante asientos de corrección que son plenamente válidos.

Por las anteriores razones y en concordancia con el concepto del colaborador fiscal se procederá a confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del 4 de abril de 1991 proferida en el juicio 6990 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/SUSPENSION PROVISIONAL

El gravamen decretado por el Distrito Especial de Bogotá, es sobre cada máquina electrónica cuando las normas legales sólo permiten gravar con el impuesto a los espectáculos públicos, a cada boleta de ingreso, pero no a cada máquina electrónica de donde se cae de su peso que el Distrito Especial de Bogotá ha hecho posible de gravamen un objeto para el cual no ha sido autorizado. Tampoco está autorizado por la ley para aumentar las tarifas en un porcentaje igual a la variación del índice general de precios, es decir, para indexar las tarifas de los impuestos en el mismo porcentaje de la inflación.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 18 del Acuerdo 15 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá pero sólo en cuanto fija en $12.000.oo el impuesto por cada máquina electrónica, y el artículo 19 ibídem en cuanto incrementa el impuesto a dichas máquinas electrónicas en un porcentaje igual a la variación del índice general de precios certificado por el DANE; igualmente el parágrafo de este artículo en cuanto autoriza al señor Secretario de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá para elevar los valores absolutos en pesos de los artículos 16, 17 y 18 del mismo acuerdo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 4089. Actor: Luis Mario Duque. Apelación Interlocutorios. Auto.

1.– Compete a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesta por el actor contra el auto de veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 67 a 70) admitió la demanda formulada en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad por el doctor LUIS MARIO DUQUE, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 14.948.670 de Cali y con la Tarjeta Profesional de Abogado No. 20.177, expedida por el Ministerio de Justicia para que se anulen los artículos 18 del Acuerdo No. 4 del 15 de diciembre de 1984 dictado por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, pero sólo en lo referente a máquinas electrónicas, y el 19 ibídem, en cuanto se remite al Acuerdo 18, pero sólo en lo referente a máquinas electrónicas, y el parágrafo en cuanto se remite al artículo 18 pero sólo en lo referente a máquinas electrónicas, y negó el decreto de suspensión provisional de dichas normas. La apelación, se concreta a este último aspecto.

2.– Sustentó el Tribunal Administrativo como fundamentos de su negativa a decretar la suspensión provisional lo expuesto por la misma Corporación en el auto de 19 de julio de 1991, en la cual se negó la suspensión provisional de los artículos 15, 16, 17, y 19 del Acuerdo 15 y la Resolución 1393 del 4 de diciembre de 1990, porque el demandante no citó infringidas normas de las disposiciones en que se fundamentó el acto acusado y por no ser procedente hacer disertaciones jurídicas para comprobar contradicción de las normas. Citó como normas violadas los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional vigente cuando se introdujo la demanda el 22 de mayo de 1991, Ley 14 de 1913, artículo 171 numeral 9o. que prohibe a los Municipios gravar objetos gravados por la Nación, Ley 12 de 1932, artículos 7o. que creó el impuesto del 10% por cada boleta o tiquete de apuesta en los juegos permitidos; la Ley 69 de 1932, artículo 12 que restableció impuesto del 10% en toda clase de juegos permitidos; Ley 33 de 1968 artículo 3o., literal c) que cedió a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá el impuesto sobre juegos.

3.– Dicen las normas cuya nulidad y suspensión provisional se solicita:

ACUERDO No. 15 DE 1987, "Por el cual se dictan disposiciones en materia de Impuestos Distritales" e invoca como fundamento las Leyes 97 de 1913, 75 de 1986 y artículo 13 del Decreto 3133 de 1968:

Artículo 18 "Otros juegos que en este artículo se enunciarán estarán sujetos a una tarifa mensual así:

Máquinas electrónicas	$ 12.000 cada una.
Discólogo	$ 24.000 cada una.
Pista de minicarros	$ 6.000 cada una".

Artículo 19 "Las tarifas establecidas en los artículos 16, 17 y 18 del presente Acuerdo rige a partir del 1o. de enero de 1988 y se incrementarán anualmente a partir del 1o. de enero de 1989 en un porcentaje igual a la variación del indice general de precios. (IPC) debidamente certificado por el DANE para el período entre el 1o. de octubre del año anterior y el 30 de septiembre del año que curse".
"PARAGRAFO "El Secretario de Hacienda mediante Resolución que deberá expedir antes del 31 de diciembre del respectivo año, elevará los valores absolutos en pesos mencionados en los artículos 16, 17 y 18 del presente Acuerdo en porcentaje de que trata el presente artículo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El tema ha sido dilucidado por la Sala en el sentido de que tanto en la Constitución de 1886 y sus reformas como en la actual de 1991, las entidades territoriales, valga decir, Departamentos, Municipios e Intendencias y Comisarías, carecen de autonomía para decretar impuestos, limitándose su competencia a imponer solo los que sean autorizados por el legislador que fija los límites de las tasas imponibles y la materia objeto de imposición. En el caso *sub-lite,* el gravamen decretado por el Distrito Especial de Bogotá, es sobre cada máquina electrónica cuando las normas legales sólo permiten gravar con el impuesto a los espectáculos públicos, a cada boleta de ingreso, pero no a cada máquina electrónica, de donde se cae de su peso que el Distrito Especial de Bogotá ha hecho posible de gravamen un objeto para el cual no ha sido autorizado.

Tampoco está autorizado por la ley para aumentar las tarifas en un porcentaje igual a la variación del índice general de precios, es decir, para indexar las tarifas de los impuestos en el mismo porcentaje de la inflación.

En consecuencia, es procedente decretar la suspensión provisional de las normas acusadas.

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

RESUELVE:

Revócase el numeral 5o. del auto apelado y en su lugar se decreta la suspensión provisional del artículo 18 del Acuerdo 15 de 1987 del Consejo del Distrito Especial de Bogotá pero sólo en cuanto fija en $12.000.oo el impuesto por cada máquina electrónica, y el artículo 19 ibídem en cuanto incrementa el impuesto a dichas máquinas electrónicas en un porcentaje igual a la variación del índice general de precios certificado por el DANE; igualmente el parágrafo de este artículo en cuanto autoriza al señor Secretario

de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá para elevar los valores absolutos en pesos de los artículos 16, 17 y 18 del mismo acuerdo.

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 la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA–Requisitos/**DEMANDA**–Adecuación/**TRANSITO CONSTITUCIONAL**

Como el demandante no atendió la observación del ponente sobre adecuación de la demanda a la normatividad constitucional vigente, adecuación que se imponía toda vez que aunque aquella fué presentada bajo la vigencia de la Constitución de 1991, invocó como violadas disposiciones del derogado Estatuto de 1986; por esta razón no se puede emitir pronunciamiento alguno relativo a la supuesta violación de las referidas normas constitucionales puesto que no podría aplicar disposiciones que se sabe fueron expresamente derogadas. El juez sólo puede aplicar, en el juicio de constitucionalidad o de legalidad como el que aquí se realiza, normas legales que tengan existencia que hagan parte del ordenamiento jurídico, es decir, que se encuentren vigentes.

CIRCULAR DE SERVICIO/SENTENCIA INHIBITORIA/ ACTO ADMINISTRATIVO–Inexistencia

Si bien es cierto que las normas del Código Contencioso Administrativo (artículo 84 inciso 3o.) hacen posible la demanda de nulidad contra las "circulares de servicio" también lo es que tal viabilidad se fundamenta en el hecho de que ellas sean o contengan actos administrativos, es decir, conductas voluntarias de la administración capaces de producir efectos jurídicos. Lo anterior lleva a la necesidad de proferir una decisión inhibitoria por carecer este juicio de objeto material, ya que la carta circular demandada no es, no contiene, un acto administrativo y ello determina que no pueda ser considerada como objeto propio del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 3698. Autoridades Nacionales. Actor: Ricardo Aguilar Díaz versus La Nación–Superintendencia Bancaria. Acción de nulidad y suspensión provisional contra la carta circular No. 16 de junio 14 de 1988 emitida por la Superintendencia Bancaria. Fallo.

Decide la Sala acerca de la demanda que en acción de nulidad y suspensión provisional presentó, en su propio nombre, el ciudadano Ricardo Aguilar Díaz contra la carta circular No. 16 de junio 14 de 1988, emitida por el Secretario General de la Superintendencia Bancaria.

EL OBJETO DE LA DEMANDA

A folio 1 del expediente obra un ejemplar de la carta circular, suscrita por el Secretario General de la Superintendencia Bancaria y dirigida a los Presidentes y Gerentes Generales de las Entidades Vigiladas, objeto de la demanda y cuyo texto, bajo la referencia de "información sobre antecedentes laborales" tiene por finalidad "solicitar" a tales entidades vigiladas que remitan a dicha Superintendencia la información relativa a las personas que hayan sido desvinculadas de la correspondiente entidad por motivos de irregularidades cometidas en su gestión financiera o a causa de comportamientos que riñen con la delicadeza en el manejo de los recursos del público".

Luego de señalar cual es la información requerida, como nombre y documento de identidad, cargo, causa de la terminación de la relación laboral, etc., recaba el documento la "colaboración" de las entidades destinatarias de la solicitud, para que "se pueda llevar a cabo un verdadero control sobre uno de los aspectos de trascendental importancia para el sector financiero".

LA DEMANDA DE NULIDAD

La demanda de nulidad con suspensión provisional está fundamentada en la presunta violación de los artículos 20 y 63 de la Constitución Política de 1886; del artículo 11 del decreto 1939 de 1986 y del artículo 239 del Código de Régimen Político y Municipal.

Alegó el demandante que el artículo 20 de la Carta se viola por cuanto el Secretario General extralimitó sus funciones al "imponer a las entidades vigiladas que se le informe la terminación de relaciones laborales" y dicha norma expresamente prohibe la extralimitación de funciones. Manifestó que el artículo 63 ibídem resulta violado por cuanto las normas que definen las atribuciones del Secretario General no lo facultan para imponer obligaciones a las entidades vigiladas. El mismo argumento se utiliza por el actor para deducir la violación de las otras normas de carácter legal que dice vulneradas.

ACTUACION PROCESAL

Previamente a la admisión de la demanda, el Consejero Ponente dictó el auto de 22 de julio de 1991, visible a folio 6 del expediente, mediante el cual formuló observaciones a la demanda y otorgó un plazo de 5 días para su corrección. Tales observaciones hacían referencia a la falta de prueba sobre la publicación del acto acusado y al hecho de que las normas constitucionales que se citaron como violadas correspondían a la antigua Constitución, siendo que la demanda tenía fecha de presentación posterior a la entrada en vigencia de la Carta de 1991. El actor sólo prestó atención a la primera de las observaciones subsanando la deficiencia anotada, y nada dijo con respecto a la segunda por lo que, su demanda en cuanto citó como normas violadas disposiciones derogadas, deberá considerarse parcialmente inepta.

La Sala, al estudiar la solicitud de suspensión provisional decidió que ella no se decretaría por no haberse demostrado la violación manifiesta de ninguna norma superior.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Superintendencia Bancaria concurrió al debate procesal por medio de apoderado para manifestar que no se dan las violaciones alegadas en la demanda y que la carta circular tiene respaldo suficiente en las funciones que competen tanto a la Superintendencia como a su Secretario General.

En el alegato de conclusión la apoderada de la Superintendencia aporta nuevos argumentos para demostrar que las normas que rigen el funcionamiento de la entidad si le confieren al Secretario General la facultad de atender, bajo la dirección del Superintendente, tareas conducentes a recabar información encaminada al desarrollo y cumplimiento de funciones como la de dar posesión a los miembros de juntas directivas y representantes legales de las instituciones vigiladas que debe realizar éste. A este respecto se cita lo que disponga el artículo 11, literal o), del decreto 1939 de 1986 en cuanto que era función del Secretario General "controlar, a través de la sección de registro el cumplimiento de los requisitos previos a la posesión de los miembros de juntas directivas y representantes legales de las instituciones vigiladas, conceptuando con destino al funcionario que recibirá el juramento, si existe algún impedimento para tal efecto", y se concluye que es lógico que si esta responsabilidad compete al Secretario General debe tener los medios adecuados para poderla cumplir con eficiencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ya se hizo mención al referir los antecedentes del presente juicio, al hecho de que el demandanre no atendió la observación del ponente sobre adecuación de la demanda a la normatividad constitucional vigente, adecuación que se imponía toda vez que, aunque ella fue presentada bajo la vigencia

de la Constitución de 1991, invocó como violadas disposiciones del derogado Estatuto de 1886. Por esta razón la Sala no puede emitir pronunciamiento alguno relativo a la supuesta violación de las referidas normas constitucionales puesto que no podría aplicar disposiciones que se sabe fueron expresamente derogadas. El juez sólo puede aplicar, en el juicio de constitucionalidad o de legalidad como el que aquí se realiza, normas legales que tengan existencia, que hagan parte del ordenamiento jurídico, es decir, que se encuentren vigentes.

No obstante lo anterior, y como el demandante invoca también como violadas por la carta circular acusada algunas disposiciones de carácter legal como el artículo 11 del decreto 1939 de 1986 y el artículo 239 del Código de Régimen Político y Municipal, la Sala debe entonces realizar la confrontación del acto acusado con ellas para determinar si la alegada violación se presenta o nó.

Pero al tratar de hacer esa confrontación con miras a realizar el juicio de legalidad observa la Sala que uno de los extremos a ser confrontados carece de la entidad jurídica necesaria para ser considerado objeto de la decisión contenciosa: En efecto, la carta circular acusada no contiene un acto administrativo de ninguna categoría y por lo tanto no es susceptible de la acusación que sobre ella se hace recaer. La lectura del texto demandado arroja a las claras la conclusión de que allí no existe una voluntad de la administración que pretenda imponerse, ni que se esté constituyendo un derecho o imponiendo una obligación o exigiendo el cumplimiento de un deber legal. Simplemente se está solicitando una colaboración tendiente a mejorar los sistemas de información necesarios para la toma de decisiones y, por cierto, el negarse a prestar la colaboración solicitada tampoco se estatuye en la carta circular objeto de demanda, en motivo de sanción para la entidad que omita brindarla.

Si bien es cierto que las normas del Código Contencioso Administrativo (artículo 84 inc. 3o.) hacen posible la demanda de nulidad contra las "circulares de servicio", también lo es que tal viabilidad se fundamenta en el hecho de que ellas sean o contengan actos administrativos, es decir, conductas voluntarias de la administración capaces de producir efectos jurídicos.

Las anteriores apreciaciones llevan a la Sala a la necesidad de proferir una decisión inhibitoria por carecer este juicio de objeto material ya que como se ha dicho, la carta circular demandada no es, no contiene, un acto administrativo y ello determina que no pueda ser considerada como objeto propio del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

Declárase inhibido para pronunciarse por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese y cúmplase..

Se deja constancia de que esta providencia se discutió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sección; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACTURA/DOCUMENTO EQUIVALENTE

Hay total uniformidad normativa, en un punto a que el "documento equivalente" es un comprobante de orden externo proveniente del vendedor (o de quien presta el servicio gravado), numerado y fechado, que identifique a aquel por sus apellidos y nombres o razón social y NIT. y describa específica o genéricamente los artículos enajenados (o los servicios prestados) con indicación del importe de la operación y discriminación del impuesto, en el caso de ciertos responsables. Así pues los recibos de caja con sus respectivos comprobantes de consignación y de egreso donde detallan la identificación del vendedor y la especie de productos vendidos, suplen los requerimientos de la factura, cuyo "equivalente" no tiene por qué consistir en un documento único, pues las normas legales aplicables no lo prescriben así.

Consejo de Estado.– Sala de lo contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C. marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación No. 3798. Apelación sentencia del 16 de Julio de 1991 del Tribunal de Risaralda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron la sanción por no expedir factura o documento similar sin el cumplimiento de los requisitos legales. Actor: Humberto Emilio Ramírez Arango. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderada, por el Director de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de 16 de Julio de 1991, estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera ins-

tancia por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en el contencioso fiscal de restablecimiento promovido por el contribuyente, señor HUMBERTO EMILIO RAMIREZ ARANGO, respecto de actos de determinación y discusión de una multa, expedidos por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira.

ANTECEDENTES

Por resolución No. 088 de 12 de septiembre de 1989, basada en informe de visita administrativa y pliego de cargos, se dispuso sancionar al contribuyente citado con multa de $2.657.644, por no expedir factura o documento equivalente en relación con operaciones de venta que individualmente excedían de $130.000.

Dicho acto fué confirmado según resolución No. 004 de 28 de febrero de 1990, mediando inspección ocular pedida por el reclamante que habría reconfirmado el hecho de que los "recibos de caja" expedidos por éste no reunían las formalidades de la factura.

LA DEMANDA

Dice quebrantados, por las razones que se resumen, los siguientes preceptos:

1. Los artículos 730, 560, 561 y 691 del estatuto tributario, en conexión con el 13 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que, al haber designado el Administrador de Impuestos una comisión visitadora, habría asumido competencia para investigar el cumplimiento de la obligación discutida, debiendo ser él mismo quien aplicara la multa, y no el jefe de la Unidad de Liquidación, que no tenía competencia para ello, según el artículo 691 citado, ni había sido delegado.

2. Los artículos 730, 565, 566 y 569 del mismo estatuto y 35, 43, 44, 45 y 48 del decreto 01 de 1984, supuesto que la providencia que ordenó la visita (resolución No. 46, febrero 20 de 1989), conforme al artículo 565 citado, se debía notificar al sancionado en los términos del artículo 44 del decreto 01 de 1984, lo que no se hizo, ignorándose su contenido y los recursos procedentes, por lo que se traduciría en un trámite interno o secreto, respecto de asuntos de interés para los particulares, que impediría el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

3. Los artículos 730, 653, 742, 743 y 745 del Estatuto y 59, 76, numeral 6o., y 170 del decreto 01 de 1984, por cuanto ninguna de las actuaciones administrativas cumplidas, habría hecho mención expresa y detallada de las operaciones del sancionado, ni de los actos o documentos específicos que denotarán el incumplimiento de la obligación de facturar, careciendo, así, de

motivación el acto sancionatorio, e impidiéndose el derecho de controvertir tales operaciones, actos o documentos. Afirma, adicionalmente, que el sancionado no es comerciante obligado a tener contabilidad registrada, ni ejerce profesión independiente que le obligue a expedir facturas.

4. Los artículos 615, 616, 617, 652, 653, 656 y concordantes del estatuto citado, ya que ninguna de las piezas traídas al proceso probaría que, por el período al que se refiere la sanción, el sancionado tuviera la obligación de expedir facturas, ni la cuantía individual de las operaciones sobre las que versara la obligación, ni las que sirvieron de base para cuantificar los ingresos y tasar la multa, ignorándose, de otro lado, el registro de las operaciones, cuyos comprobantes constituirían el "documento equivalente" que menciona la ley.

5. Los artículos 615, 616, 617, 652 y concordantes del estatuto, porque la Administración habría perseguido exclusivamente sancionar al contribuyente, sin atender, fuera de las normas citadas, el mandato de los artículos 742 y siguientes, ib., omitiendo practicar las pruebas pedidas en el escrito del recurso y el examen de los recibos originales presentados con ocasión de la inspección adelantada en la vía gubernativa, no obstante haber constatado el funcionario de recursos que se trataba de "documentos equivalentes", por lo que debió éste dejar sin efecto la sanción o, al menos, imponer solo la contemplada en el artículo 652, literal b), ib.

LA SENTENCIA APELADA

Desestima los tres cargos iniciales:

El primero, la supuesta incompetencia del liquidador, porque siendo función de la unidad de liquidación, según el artículo 691 del Estatuto Tributario, en conexión con el 913 ib. ("funciones de la División de Fiscalización"), "la de imponer las (demás) sanciones cuya competencia no esté adscrita a otros funcionarios" y no habiéndose probado tal adscripción al Administrador de Impuestos, resulta inaceptable el argumento de que, por cumplir éste el mandato del artículo 653 ib. (designar visitadores), haya derivado una competencia exclusiva que sólo confiere la ley (paréntesis fuera de texto).

Al segundo, la ausencia de notificación de la providencia que designó visitadores, en razón de que ésta no participaba de la naturaleza de las descritas por el artículo 730 ib. ("actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos") ni, de otro lado, la misma es demandada en el proceso, debiendo entenderse surtida su notificación por conducta concluyente, de acuerdo con el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, por la presentación, el 16 de diciembre de 1989, del recurso gubernativo que la mencionaba, o en la fecha de entrega al contribuyente de la copia del acta de

visita firmada por el mismo, que también aludía a dicha providencia, o habida la circunstancia de que a folio 10 del acta, obrara "evidencia" de haber recibido aquél el oficio No. 596 de 5 de julio de 1989, suscrito por el jefe de la División de Fiscalización, comunicándole el nombramiento de los visitadores, sin que, en ningún caso, se generara nulidad por no haberse producido la notificación normal ni expresado los recursos, procedentes, como lo habría dicho el Consejo de Estado (cítanse, el auto de noviembre 21 de 1969, Sección Primera, Consejero Ponente, Doctor Jorge de Velasco Alvarez, y la sentencia de septiembre 7 de 1989, Sala Plena, Consejero Ponente, Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Y, el tercero, la no especificidad de las operaciones, actos o documentos de los que emergiera la infracción sancionable, puesto que, sin duda, el contribuyente estaba sujeto a la obligación de expedir facturas, conforme al artículo 615 del Estatuto citado, toda vez que enajenaba, según lo admitió expresamente en el escrito del recurso, productos de la industria agropecuaria ("leche y caña de azúcar"), aparte de leerse en el acta que firmó, que se dedicaba a la venta de productos agrícolas y ganaderos, bastando, pues para probar la falta, a términos del artículo 653 ib., que dos funcionarios especialmente designados por el Administrador dieron fé de la omisión en el acta, con las pertinentes explicaciones, acreditándose, así, los requerimientos de la norma y debiendo concluírse que el hecho de no expedir facturas estaba probado.

Por lo demás, que en el pliego de cargos que no contradijo el infractor, obraba la motivación reclamada en la demanda, no habiéndose dado la infracción de normas aducida en el punto.

Respecto del cargo que en la demanda corresponde al último, sostiene que lo dicho por el funcionario que falló el recurso (en el sentido de que los recibos de caja presentados por el reclamante, carecían de la validez del "documento equivalente", porque no reunían los requisitos del artículo 617 del estatuto) y el acta de la primera visita, "presentan evidencia de que el contribuyente no expedía facturas, pero expedía documentos equivalentes aunque sin el lleno de los requisitos del artículo 617 del E. Tributario...".

Constituiría esto, "el supuesto de hecho del literal b) del artículo 652 del E.T. y por tal proceder era que cabía la sanción y no por el hecho a que hace referencia la resolución 0088 y la que la confirma (por no expedir facturas)...", en cuyo caso, la multa aplicable habría sido la del 1% del valor de las operaciones, por virtud de la uniformidad que debe presidir la interpretación de normas a voces del artículo 30 del Código Civil, dado que el artículo 615 del estatuto, "permita que se expida bien la factura o 'documento equivalente'..." y que, según el artículo 652 ib. la sanción del 10% impuesta por la Administración sólo procede cuando no se ha facturado (paréntesis en el texto).

La Administración, pues, por el hecho de haber aplicado la sanción del literal a) del artículo 652 citado, habría violado éste, "vicio (que) conlleva a que se declare la nulidad de los actos demandados, prosperando el cargo..." (paréntesis fuera de texto).

EL RECURSO DE APELACION

Parte del supuesto de que, según "encuesta" y "acta de verificación" previas, el contribuyente, estando obligado, no expedía facturas ni documento equivalente, hecho que acepta en constancia expresa del acta que firmó y en la que arguye no cumplir la obligación, "por falta de información", pese a que la misma acta reportada, "que el valor de las operaciones no facturadas de enero a junio del presente año, superiores a $130.000, ascendieron a $26.576.446.50...", persistiendo en tal conducta, posteriormente, pues frente al pliego de cargos No. 108 de 24 de julio de 1989, guardó silencio.

Destaca que, en el recurso, admite recibir ingresos, pero en cuantía inferior a $130.000, mas sin prueba que respalde su dicho, por lo que cabría la aplicación del inciso 1o. del artículo 749 del Estatuto Tributario ("La confesión es indivisible cuando la afirmación de ser cierto un hecho, va acompañada de la expresión de circunstancias lógicamente inseparables de él, como cuando se afirma haber recibido un ingreso pero en cuantía inferior..."), no pudiendo, de otro lado, objetar en el recurso esos hechos, por disposición del artículo 723 ib.

Tiene por condición esencial "del documento que pretenda igualdad con la factura", la de que sea idéntico a ésta en su contenido, pues no constituye figura independiente, sino que debe cumplir la función de factura, caracteres que no reunían los recibos de caja exhibidos en la inspección practicada en la vía gubernativa. A este respecto resalta, asímismo, que dichos recibos no se habían mostrado a los funcionarios que iniciaron la actuación, viniendo a ser exhibidos solo en la fase del recurso, por lo que tampoco se podían invocar aquí como prueba, conforme al artículo 781 ib., ni apreciar para otros fines si no eran auténticos, en términos del artículo 767 ib.

La Administración, pues, se habría ajustado en todo a las prescripciones del artículo 653 ib., con prueba fehaciente, que lo era el acta de visita suscrita por los funcionarios y el contribuyente, no pudiendo discutirse posteriormente aspectos diferentes por expresa disposición de la norma, así "en una generosa concesión del derecho de defensa", se analizaron, con ocasión del recurso, documentos que habían estado por fuera del conocimiento administrativo, pero sin que pudieran elevarse a la categoría de documento equivalente, por no registrar los mismos datos de la factura, de conformidad con los artículos 615 y 617.

Y que no obrando prueba de que, con respecto a las transacciones por $26.576.446.50, correspondientes a operaciones efectuadas entre enero y junio de 1989 superior a $130.000, se hubieran expedido facturas o documento equivalente, no procedía aceptar, como lo hizo el Tribunal, recibos de caja, "documentos equivalentes sin lleno de requisitos", que apenas sumaban $3.200.000, carecían de otros soportes y, por tanto, no desvirtuaron la prueba documental presentada por la Administración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El demandante manifiesta insistir en los planteamientos de la demanda y en los que, en su momento, presentó en la vía gubernativa, teniendo por correctas las apreciaciones y conclusiones de la sentencia.

Niega que el hecho de que firmar el acta de visita, implicara confesión o aceptación expresa o tácita del contenido de tal documento, pues que entre los muchos requisitos de validez y eficacia de la confesión contemplados por la ley procesal; habría que considerar los de "ser judicial, expresa, consciente y libre", que no se llenarían por la sola firma de un acta de visita, menos cuando documentos de esta clase no son redactados con el concurso del contribuyente, ni la mayoría de las veces éste se entera de su contenido, porque en tal caso sobrarían los recursos gubernativos.

Rechaza, igualmente, que el "documento equivalente" a la factura debiera mostrar exacta y precisamente el texto y contenido de ésta, porque de ser así ello no asignaría la ley eficacia equivalente al talón o tiquete de máquina registradora que, por entonces, únicamente expresaba la fecha y el valor de la venta.

Se ratifica, pues, en que no estaba obligado a expedir factura alguna por sus ingresos y en que, aún estándolo, "los recibos de caja y constancias de la contabilidad personal (...) (llevada sin ser comerciante), suplen con suficiencia los requisitos exigidos por la ley tributaria vigente en la época de imposición de la sanción para el 'documento equivalente' a la factura...". (paréntesis fuera de texto).

La demandada, a su vez, estima que la Administración obró conforme a derecho, porque a) la expedición de factura o documento equivalente es parte de los deberes formales del sujeto pasivo, según el Capítulo III, título II, libro V del Estatuto Tributario; b) el artículo 615 ib. establece la obligación de acuerdo con naturaleza de las operaciones allí descritas; c) los documentos obrantes en el proceso ("encuesta", "acta de verificación" y "acta de constancia"), pruebas que el contribuyente no expedía facturas o documento equivalente, pese a que vendía productos agrícolas y ganaderos, cuya cuantía excedía de $130.000, pretendiendo justificar la irregularidad en la "falta de información".

Asímismo, que los recibos de caja aducidos no se podían considerar como equivalentes a la factura, porque el artículo 617 ib. establece los requisitos de ésta y el 615 ib., "equipara los documentos equivalentes con las facturas, por tanto, se entiende que son documentos equivalentes a las facturas, los documentos que reunan las mismas características de ésta, independientemente de la denominación que se le (sic) dé..."; porque el "acta de inspección judicial" (sic) demostró que ninguno de los recibos de caja cumplía los requisitos del artículo 617 ib., por falta de número e identificación del vendedor o de quien prestaba el servicio; y porque dichos recibos no se mencionan en el "acta de constancia" no pudiendo aducirse posteriormente, de conformidad con el artículo 653 ib.

Por último, que debiendo encajar la conducta sancionable en la norma que la describe, cabía, en el caso, aplicar la sanción contemplada en el literal a) del artículo 652 ib., y no la de su literal b), como lo entendió el *a-quo*, ya que la norma refiere a "operaciones facturadas", y los recibos de caja en cuestión no son facturas ni documentos equivalentes. Con todo, que si se acogieren los planteamientos de la sentencia recurrida, se debería aplicar de todos modos la sanción del literal b), como se pide.

EL CONCEPTO FISCAL:

No comparte el Señor Fiscal de la Corporación las apreciaciones del Tribunal, en la parte que motiva la decisión estimatoria, por la simple razón de que el hecho que se atribuyó al actor y causó la sanción, fué la no expedición de facturas, como se desprendía del acta de la primera visita administrativa, en la que aquél explicó la omisión en la "falta de información", habiéndose abstenido, además, de responder el pliego de cargos que se le propuso.

La resolución sancionatoria no viola, en su entender, el artículo 652 del decreto 624 de 1989, invocado en la misma.

Y que si bien, en la fase del recurso, por solicitud del recurrente, la Administración accedió a practicar nueva visita, a pesar de que la contabilidad y demás documentos contables ya habían sido objeto de examen, en el curso de la cual se pusieron, "a disposición del comisionado, todos los recibos de caja que expide por las ventas realizadas de productos agrícolas en 1989", tales recibos fueron objetados en el acta producida ("no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 617 del Estatuto Tributario") y constituían hecho nuevo con el que "el contribuyente pretendía varias las reglas de su juzgamiento", pues no había sido ésta la causa dé la sanción, a más de que el incumplimiento de la controvertida obligación daba lugar, según el artículo 653 ib., a la designación de dos funcionarios que hubieran constatado la infracción, para que dieran fe de la misma, con "las explicaciones que haya aducido quien realizó la operación sin expedir factura", expli-

caciones que no se podían cambiar por otras distintas, en la discusión posterior.

Concluye, que se debe revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los actos a que, fundamentalmente, se contrajo la gestión de control y fiscalización ("encuentra", diciembre 16/88; "acta de verificación", julio 5/89; "acta de constancia", julio 6/89; "pliego de cargos", julio 24/89; resolución No. 088, septiembre 12/89), son reiterativos en cuanto a que, el investigado, por el período comprendido entre enero y junio de 1989, no había expedido, entregado ni conservado factura o "documento equivalente", representativos de las ventas de productos agropecuarios en que estribaba su actividad y que, individualmente, excedían de $130.000 y, acumulativamente, ascendían a $26.576.447 en dicho período.

Con todo, si bien tales actos no son particularmente explícitos referente a los documentos que habían permitido establecer el *"quantum"* de las operaciones averiguadas, es palmario que se trataba de los mismos "recibos de caja" y anexos exhibidos en el curso de la inspección practicada en la vía gubernativa, no solamente porque ello se desprende del "acta de constancia" que cita y anexa algunos de tales comprobantes, sino porque así lo había puntualizado el contribuyente en su escrito de reposición al explicar la forma en que operaba la enajenación de sus productos ("... entregando al suscrito el valor líquido del precio, sobre el cual se expide un recibo de caja, con todos los requisitos de la factura..."; "... como lo son los recibos de caja efectivamente expedidos por el suscrito para cada uno de los ingresos recibidos y que contienen la totalidad de la información exigida para la factura, *documentos éstos que fueron examinados por los funcionarios visitadores..."),* sin mayor oposición del funcionario que resolvió el recurso, como que se limita a decir que, "este Despacho no le puede dar la validez de documento equivalente *a los recibos de caja expedidos por el actor,* por cuanto éstos no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 617 del estatuto tributario..." (cfr. folios 7 y 11 del cuaderno principal) (subrayas fuera de texto).

O, en otras palabras, que la Administración no negó la existencia de los "recibos de caja" y anexos, ni menos aportó prueba contraria del hecho físico de haberse exhibido *"ab initio"* los mismos, sino que les restó eficacia.

En la legislación positiva del impuesto sobre las ventas, la obligación de expedir facturas y conservar copia de éstas, aparece en normas tan antiguas como las de los artículos 10, numeral 5o. del decreto 3288 de 1963, 20 del decreto 377 de 1965, que establece las formalidades de las mismas, 8o., parágrafo 1o., del decreto 1881 de 1966, que ratifica dichas formalidades, y

10, letra e), del decreto 2807 del mismo año, que esboza la hipótesis del "documento equivalente" ("... o en cualquier documento que expresa o tácitamente implique una convención de vender o permutar..."), más tarde ratificado como tal, entre otros, por los artículos 5o. letras a) y b), del decreto 1988 de 1974, 24 del decreto 2815 del mismo año y 30 del decreto 1494 de 1978, con requisitos similares a los de la factura, que se repiten en el artículo 24 del decreto 2503 de 1987 (o 617 del Estatuto Tributario).

Hay, pues, total uniformidad normativa, en punto a que el "documento equivalente", es un comprobante de orden externo proveniente del vendedor (o de quien preste servicios gravados), numerado y fechado, que identifique a aquél por sus apellidos y nombres o razón social y NIT. y describa específica o genéricamente los artículos enajenados (o los servicios prestados), con indicación del importe de la operación y discriminación del impuesto, en el caso de ciertos responsables.

Los anteriores postulados, por supuesto, son aplicables al caso, toda vez que el artículo 615 del Estatuto Tributario hace extensiva la obligación de expedir facturas a "todas las personas o entidades:, sean éstas, o no, responsables o contribuyentes, o deban tener, o no, contabilidad registrada.

Ahora bien, en un proceso en el que la Administración pretende, precisamente, desconocer la eficacia de determinados comprobantes exhibidos por la contraparte, no es razonable que no hubiera sido especialmente prolija respecto de la índole y caracteres de cada uno de tales documentos y los motivos que, individualmente imponían su desestimación como equivalentes a facturas, debiendo entenderse que los que no mencionan, en particular, los actos impugnados, ni se compulsan en copia, presentan características similares a éstos.

Así las cosas, puesto que, en conjunto, en los dos "recibos de caja" de 25 de mayo y 5 de julio de 1989 (por $5.768.039 y $595.289, en su orden) y sus respectivos comprobantes de consignación en bancos y "comprobantes de egreso", se detallan, además, la identificación del vendedor y la especie de productos vendidos, es manifiesto que esta documentación, tratándose de un contribuyente respecto del cual no aparece probada su condición de responsable del impuesto sobre las ventas, ni de obligado a tener contabilidad registrada, suplía los requerimientos de la factura, cuyo "equivalente" no tenía por qué consistir en un documento único, pues las normas legales aplicables no lo prescriben así:

Por otra parte, el hecho de que el contribuyente no hubiera contestado el pliego de cargos o hubiera alegado posteriormente "hechos distintos", no desvirtúa la naturaleza de los documentos de que se habla, ya que, como se dejó establecido, los mismos se habían exhibido desde la primera visita administrativa.

Si la Administración fue negligencia en no haber detallado en sus "actas" los documentos entonces exhibidos, es circunstancia que en modo alguno cabe esgrimir contra los argumentos y razones del actor, cuyos cargos, concretamente los tres últimos, con reparos menores, se consideran probados.

En conclusión, la sentencia, sin embargo de haber acogido un motivo de anulación diferente, pero concediendo determinada validez a los documentos examinados, debe mantenerse, en discrepancia con el concepto fiscal.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La Doctora SANDRA CONSUELO RODRIGUEZ ALMANZA tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEDUCCION–Requisitos/RETENCION EN LA FUENTE–Efectos/EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

Para que proceda el reconocimiento del gasto por los pagos efectuados a las empresas de servicios temporales, debió la contribuyente efectuar y acreditar la retención en la fuente. Es irrelevante para la aplicación de las normas fiscales, de orden público, las concesiones o la disgregación en diferentes conceptos que hagan los particulares en sus estipulaciones contractuales, pues éstas en manera alguna son oponibles al fisco, ni tienen la virtud de enervar la voluntad impositiva del Estado. Por esta razón si la ley ordena que la retención en la fuente por el pago de servicios temporales, deba efectuarse sobre el valor bruto, sobre este valor ha debido retenerse, so pena del desconocimiento del gasto.

AUXILIO DE TRANSPORTE–Naturaleza/DEDUCCION POR APORTES/DEDUCCION POR SALARIOS/IMPUESTO SOBRE LA RENTA/APORTES PARAFISCALES

El auxilio de transporte, si bien tiene origen en el contrato laboral por disposición del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 128, no es constitutivo de salario y para efecto de la cuantificación de las contribuciones parafiscales el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, ordena tomar como base la nómina mensual de salarios, entendiendo por tales los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral. No sucede lo mismo con el pago de otros conceptos originados en el contrato de trabajo, como son la prima de vacaciones y otros pagos ocasionales o por mera liberalidad pues en ningún momento dentro del proceso objeto de la litis se han probado las circunstancias que permitan de acuerdo con la ley laboral considerarlos como no constitutivos de salarios. (Período Fiscal de 1985).

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3367. Actor: Flexon S. A. (antes Rodríguez & Gompf S. A. Bogosa) Nit 860003228-6. Apelación de la sentencia del 31 de agosto de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1985. Fallo.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos tanto por el apoderado de la actora, como por el de la entidad demandada, contra la sentencia del 31 de agosto de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Flexon S. A. (antes Rodríguez & Gompf S. A. "Rogosa") Nit. 860003228-6 contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo por la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La actora presentó oportunamente la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y en ella solicitó como costos y deducciones, entre otros, honorarios y servicios pagados por $11.309.590, compras por $27.702.127 y salarios por $4.005.358.

Previo requerimiento la Administración de Impuestos Nacionales procedió mediante la liquidación de revisión No. 200070 del 16 de julio de 1987, a la modificación del impuesto determinado privadamente por la sociedad, como consecuencia del rechazo de los costos y deducciones mencionados, por no haber satisfecho el contribuyente la obligación de efectuar las retenciones en la fuente y los aportes parafiscales de conformidad con la ley.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente presentó recurso de reconsideración que fué fallado mediante la Resolución No. 208 del 4 de noviembre de 1988, que reconoció el costo por compras, manteniendo el desconocimiento de las deducciones por honorarios, servicios y salarios.

LA DEMANDA

Inconforme con la decisión gubernativa, la sociedad actora, acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando violación de los artículos 62 y 68 del Decreto 3803 de 1982 y 12 del Decreto 2026 de 1983, por indebida

aplicación; del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983, y 49 literal g de la Ley 52 de 1977, por errónea interpretación; el 3er. parágrafo de la Ley 38 de 1969, por falta de aplicación y el 35 del Decreto 01 de 1984, en cuanto a la desestimación de los honorarios se refiere. De los artículos 26 del Decreto 1650 de 1977; 17 de la Ley 21 de 1982; 2o. de la Ley 27 de 1974; 4o. de la Ley 7a. de 1979; 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; 7o. de la Ley 1a. de 1963; 14 de la Ley 153 de 1987; 72 y 73 del Código de Comercio y 177 del Código de Procedimiento Civil.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió al reconocimiento de los pagos efectuados a las empresas de servicios temporales, al considerar que la retención sobre éstos, en lo concerniente a salarios, no correspondía a la contribuyente, ajena totalmente a tal obligación.

Aceptó así mismo el reconocimiento de la suma de $979.245 correspondiente al auxilio de transporte, que estimó como configurativo de salario y por consiguiente de no constituir base para aportes parafiscales.

LA APELACION

1) De la entidad demandada

Que manifiesta inconformidad con la sentencia, por cuanto la desestimación de la deducción del pago de la suma de $11.309.590 por parte de la Administración de Impuestos se fundamentó exclusivamente en el hecho de no haber comprobado la sociedad la retención del 1% sobre el valor bruto del pago por los mencionados conceptos, de acuerdo con el artículo 7o. del Decreto 2775 de 1983, que transcribe, norma frente a la cual no puede oponerse la autonomía contractual.

Así mismo, reitera que el auxilio del transporte y los pagos ocasionales por ser constitutivos de salario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituyen base para el aporte parafiscal, conforme con lo señalado por la Ley 21 de 1982, que en su artículo 17 desarrolla su contenido.

2) De la actora

Que apoya la sentencia del Tribunal en cuanto al reconocimiento de pagos por honorarios, servicios y subsidio de transporte, pero no la comparte por la no aceptación de los pagos laborales sobre los cuales no efectuó las contribuciones parafiscales.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece revocarse en cuanto reconoce el pago por honorarios y servicios a las empresas de servicios temporales, porque en los contratos que la contribuyente arguye, celebró con las empresas que prestan estos servicios, no se estipula que los pagos y prestaciones sociales que deba hacerse a los trabajadores que prestan los servicios que la contratista suministra, corresponda efectuarlos a Flexon S. A..

Que en tal caso pueden destacarse dos obligaciones diferentes: una, la obligación de la actora de pagar a las empresas de servicios temporales el valor de los contratos que celebró con ellas; y otra, la obligación que tienen éstas para con sus propios trabajadores. Y que los pagos que efectuó Flexon S. A. a las empresas Manos de Bogotá, Sertempo Ltda. y Granservicios Ltda. no encuadran dentro de la denominación de salarios.

Comparte la sentencia de primera instancia, en cuanto acepta que el pago del auxilio de transporte, como no constitutivo de salario y en consecuencia de la no obligación de efectuar aportes parafiscales sobre el mismo, en razón de que el artículo 12 de la Ley 56 de 1973, que contemplaba dicho auxilio, como configurativo de la base, fue derogado tácitamente por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, al establecer que para los efectos de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ... se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los *términos de la ley laboral,* cualquiera que sea su denominación y además los verificados por descanso remunerado, y que según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo el auxilio de transporte no es salario.

En lo demás comparte las apreciaciones del apoderado judicial de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las normas del Impuesto sobre la renta, específicamente el artículo 72 numeral 2o. del Decreto 3803 de 1982, preven que a quienes no hagan las retenciones en la fuente estando obligados a hacerlo, o la hagan en cuantía inferior a la exigida, se les desconocerán los correspondientes costos y deducciones.

En el requerimiento especial, la Administración de Impuestos Nacionales propone a la sociedad contribuyente el rechazo de las deducciones solicitadas por concepto de honorarios y servicios pagados a empresas de servicios temporales, ante la circunstancia de no haber acreditado el pago de

la retención en la fuente a que estaba obligada de acuerdo con los artículos 62 y 68 del Decreto 3803 de 1982, y 12 del Decreto 2026 de 1984.

La primera de las normas citadas extendió en su inciso 4o. la retención en la fuente, a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.

El porcentaje de retención sobre pagos o abonos en cuenta por servicios prestados por las denominadas empresas de servicios temporales, fué fijado por el Decreto 2775 de 1983 artículo 7o., en el 2% del valor bruto del pago o abono en cuenta cuando el beneficiario sea una sociedad anónima y en el 1% en los demás casos.

Así las cosas, para que la Administración de Impuestos Nacionales procediera a reconocer el gasto por los pagos efectuados a las empresas de servicios temporales, debió la contribuyente efectuar y acreditar la retención en la fuente, de acuerdo con la norma citada.

Esta obligación de retener sobre el valor bruto del pago o abono en cuenta es totalmente distinta de la obligación que a su vez tuviera la empresa de servicios temporales de efectuar retención en la fuente sobre los pagos a sus trabajadores de conformidad con las normas vigentes. Es irrelevante para la aplicación de las normas fiscales, de orden público, las concesiones o la disgregación en diferentes conceptos que hagan los particulares en sus estipulaciones contractuales, pues éstas en manera alguna son oponibles al fisco, ni tienen la virtud de enervar la voluntad impositiva del Estado.

Por esta razón si la ley ordena que la retención en la fuente por el pago de servicios prestados por las empresas de servicios temporales, deba efectuarse sobre el valor bruto, sobre este valor ha debido retener obligatoriamente la contribuyente, so pena del desconocimiento del gasto.

Retención que no aparece demostrada dentro del proceso, razón por la cual el rechazo efectuado por la Administración debe mantenerse y en este aspecto la sentencia apelada merece revocarse.

Con relación al rechazo de la deducción por pagos laborales, bajo el cargo de no haber efectuado los aportes parafiscales ordenados por la ley, comparte la Sala la decisión de juez de primera instancia, toda vez que el auxilio de transporte, si bien tiene origen en el contrato laboral, por disposición del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 128, no es constitutivo de salario, y para efecto de la cuantificación de las contribuciones parafiscales, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, ordena tomar como base la nómina mensual de salarios, entendiendo por tal los pagos hechos por concepto

de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral.

No sucede lo mismo con el pago de otros conceptos originados en el contrato de trabajo, como son la prima de vacaciones y otros pagos ocasionales o por mera liberalidad alegados por la actora, pues en ningún momento dentro del proceso se han probado las circunstancias que permitan, de acuerdo con la ley laboral, considerarlos como no constitutivos de salarios.

Como bien lo anota el colaborador fiscal, por ser esta circunstancia una afirmación que se aparta de la naturaleza del contrato de trabajo, donde debe presumirse que toda retribución recibida por el trabajador de manos de su patrono es parte del salario, ha debido probarse por la actora.

De otra parte la ocasionalidad de los pagos en manera alguna permite inferir la liberalidad de los mismos, pues existen pagos que sólo se dan por una sola vez a pesar de estar contemplados en el contrato o convención colectiva como es por ejemplo el auxilio por muerte del trabajador.

En consecuencia, no demostradas por la actora las circunstancias que permitieran excluir de la base, para la liquidación de los aportes parafiscales, el valor de los pagos glosados por la Administración, el rechazo, con excepción del subsidio de transporte debe mantenerse y en este sentido la sentencia apelada merece revocación.

En consecuencia se practica una nueva liquidación que quedará así:

RENTA		IMPUESTO
La gravada en la Resolución No. 00208 P del 4 de noviembre de 1988	$30.517.522	
Menos deducción que se acepta por subsidio de transporte.	$ 979.245	
Renta gravable	$29.538.277	$11.815.311
Menos descuentos tributarios		$ 45.867
SUBTOTAL		$11.769.444
Menos descuento 1% renuncia a adicionar.		$ 60.352
TOTAL A CARGO		$11.709.092

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) FIJASE en la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($11.709.092) el valor del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1985 corresponde pagar a la sociedad FLEXON S. A. NIT 860003228-6 (antes Rodríguez & Compf S. A. BOGOSA) 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SALDO A FAVOR/REGISTRO CONTABLE/DEVOLUCION/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Exige el reglamento en forma especial para efectos de la procedencia de la devolución de saldos a favor un estricto manejo de los asientos débitos y créditos de la cuenta MAYOR O BALANCE denominada "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR", su ajuste a cero y simultáneamente el traslado del saldo a cuentas por cobrar. No puede argumentarse que un responsable cumple los requisitos para la devolución con el manejo de la cuenta únicamente a nivel del libro diario olvidando el registro en la cuenta mayor y de balance que precisamente y de manera específica exige el ordenamiento legal. La Administración al negar la devolución porque al momento de su solicitud no satisfizo un requisito que aparece demostrado en el proceso, por haberse subsanado posteriormente, implica una contravención a los principios de economía y celeridad. (IV Bimestre de 1984).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3724. Actor: Alpina Productos Alimenticios S.A. Nit. 60.025.900. Apelación de la sentencia del 15 de Abril de 1991. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas IV Bimestre de 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia

del 15 de Abril de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S. A. NIT 60.025.900, contra el acto administrativo que le negó parcialmente el derecho a la devolución del saldo a favor del impuesto sobre las ventas correspondientes al IV Bimestre de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S. A., presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá la solicitud de devolución de sobrantes del impuesto sobre las ventas No. 039-85 el día 22 de enero de 1985, alegando la calidad de "exentos" de los productos que produce (yogourt, kumis, arequipe, quesos y crema).

Mediante la Resolución No. 0203 del 28 de febrero de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, desestimó parcialmente la devolución solicitada, al desconocer impuestos descontables por $4.397.940 en razón de que mediante el acta de visita practicada el 4 de febrero de 1985, se estableció que por dicho período no se contabiliza su valor en el libro mayor, y $6.664 por no informar la cantidad adquirida y la descripción del bien, objeto de impuesto descontable requisitos exigidos por el Decreto 1813 de 1984 artículo 2o. literal b).

Contra dicho acto administrativo la actora recurrió en reposición ante la misma entidad que por Resolución No. 000141 del 5 de junio de 1986, confirmó la Resolución No. 0203 del 28 de febrero de 1985.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acude la sociedad contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acusando al acto administrativo de infringir los artículos 28 y 41 del Decreto 3541 de 1983; 6o. del Decreto 570 de 1984 y 9o. del Decreto 1813 de 1984, pues a su juicio la solicitud formulada cumplió con el requisito exigido por el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 relacionado con su contabilización en el libro diario.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda considerando que la única razón que tuvo la Administración de Impuestos para denegar la devolución fué la de que los comprobantes de diario Nos. 02 y 03 de fecha 31-07-84 no fueron asentados en el libro mayor durante el mes de julio sino en el mes de Agosto. Diferencia que a su juicio

no implica violación de las normas relativas a la obligación de llevar una cuenta mayor del impuesto a las ventas, ni de contabilizar oportunamente los descuentos.

LA APELACION

La entidad demandada al apelar la sentencia destaca que cuando la Administración practicó inspección contable a la sociedad actora, esto es el 4 de febrero de 1985, estableció que no dió cumplimiento al artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, toda vez que no había asentado los registros correspondientes en el libro mayor que por lo tanto no ajustó la cuenta mayor o de balance de impuesto a las ventas por pagar a cero como se lo exigía el parágrafo 2o., artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984 y 41 literal e) del Decreto 3541 de 1983 y que por lo tanto la Administración actuó legalmente y en cumplimiento de las normas aplicables para la época, al rechazar la solicitud de devolución y compensación presentada por ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S. A.

Critica el hecho de que la actora y el Tribunal basándose en una norma derogada cual fue el artículo 23 del Decreto 1494 de 1978, pretendan que la deficiencia se subsanó cuando el actor trasladó la diferencia contable al libro mayor, en el agotamiento de la vía gubernativa, pues cuando la ley señala determinados requisitos y la oportunidad para su cumplimiento, el particular debe cumplirlos a cabalidad para el reconocimiento de sus derechos y que no puede dejarse al arbitrio del contribuyente el momento para demostrar y presentar los requisitos exigidos por la ley, porque ello se traduciría en detrimento de los intereses de la Nación y de los mismos procesos que se dilatarían innecesariamente quedando sin ningún efecto las exigencias previamente establecidas en la ley.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque tanto del contenido de la certificación emanada del contador público como de los procedimientos emanados de la Administración, se extrae, que la contabilización de los descuentos se hizo oportunamente en el libro Diario y que si bien la objeción se refiere a la falta de contabilización en el Libro Mayor, también es evidente la existencia de la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar" y que de otra parte no se controvierten ni la vocación de descontable del gravamen contabilizado, ni su cuantía, ni la oportunidad para asentarlo en el libro auxiliar y menos su inclusión en la declaración tributaria presentada por la sociedad, que por lo tanto el manejo contable de las partidas fué tal, que no tipifica irregularidades demostrativas de una contabilidad inapropiada al negocio o incapaz de permitir la comprensión del estado económico y financiero de la empresa.

Concluye que en su opinión se trata, de un defecto cuya ocurrencia no origina detrimento económico alguno perjudicial a los intereses del fisco nacional, ni alteración de fondo a las normas que rigen el ejercicio del derecho a los descuentos y devoluciones del gravamen a las ventas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala en repetidas ocasiones ha precisado que tratándose de la oportunidad de la contabilización de los impuestos descontables y de las solicitudes de devolución en materia de Impuestos sobre las ventas, los registros en los libros de contabilidad del responsable deben ajustarse no sólo a las regulaciones contenidas en el Código de Comercio, sino especialmente a las específicas exigidas en la ley tributaria por tratarse de normas que interesan al orden público nacional y que afectan el interés económico de la Nación.

Por esta circunstancia, en este caso la contabilidad cobra mayor relevancia exigiendo que la declaración tributaria sea un reflejo fiel de la contabilidad del contribuyente, de tal manera que los resultados periódicos de la cuenta corriente del impuesto a las ventas por pagar", exigida por la ley, a nivel de mayor o balance, responda al mecanismo de su manejo, establecido por ella.

En materia de devoluciones es el Decreto reglamentario 1813 de 1984 el que ordena en su artículo 9o. literal e), que para efectos de devoluciones o compensaciones, las solicitudes respectivas deben contener, entre otros requisitos, la certificación del revisor fiscal o del contador público, según el caso, en que conste "que se ha efectuado el ajuste de la cuenta impuesto a las ventas por pagar a cero", y el parágrafo 2o. del mismo artículo exige para el mismo efecto, que quienes presentan la solicitud, deben abonar en su contabilidad la misma cuenta por un valor igual al saldo débido que arroje la misma en el último día del bimestre o bimestres materia de la solicitud, y cargar por el mismo valor el rubro de la cuenta por cobrar.

Es decir, exige el reglamento en forma especial para efectos de la procedencia de la devolución de saldos a favor, un estricto manejo de los asientos débitos y créditos de la cuenta MAYOR O BALANCE denominada "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR", su ajuste a cero y simultáneamente el traslado del saldo a cuentas por cobrar. Es tan importante este manejo contable que la misma norma exige como prueba de su cumplimiento la certificación del revisor fiscal o del contador público.

No puede argumentarse que un responsable cumple los requisitos para la devolución con el manejo de la cuenta únicamente a nivel del libro diario olvidando el registro en la cuenta mayor y de balance que precisamente y de manera específica exige el ordenamiento legal.

Para el caso que se debate, observa la Sala que en el acta de inspección contable de febrero 4 de 1985, que obra a folios 37 a 40 (numeración mecánica del cuaderno de antecedentes administrativos), claramente se manifiesta "Los impuestos solicitados a devolver por impuestos pagados por concepto de impuesto sobre las ventas correspondientes al cuarto (4), quinto (5) bimestre de 1984, fueron contabilizados oportunamente como consta en el *libro mayor a excepción* del mes de julio el que se contabilizó en el Diario pero no se llevó el Libro *Mayor en donde debe aparecer su registro,* de acuerdo con los siguientes comprobantes de diario ...".

Luego agrega: "Es decir que en el mes de julio de 1984, no se dió cumplimiento al artículo 41 del Decreto 3541 de 1983".

Y en el numeral 4o. afirma: La sociedad ha dado cumplimiento a lo ordenado en el parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, ajustando la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar a cero", de acuerdo a los comprobantes de diario Nos. 22 de agosto de 1984 y 21 de octubre 31 de 1984".

Esta afirmación permite deducir, en principio, que a la fecha de la inspección contable, la contribuyente registró en la cuenta de mayor o balance los impuestos descontables, pues no de otra manera puede afirmarse que la saldó a "cero", a no ser que tal registro se hubiera hecho sólo en el libro Diario, evento en el cual no se habría cumplido la exigencia anotada.

Pero si la sociedad contribuyente alega, tanto en el recurso gubernativo como en la demanda (hoja 5 párrafo 5) que las condiciones de procedencia del derecho a la devolución, relacionadas con la simultaneidad que debe existir necesariamente entre los fenómenos de causación, contabilización y declaración se dan en el caso presente y que tal hecho fue aceptado y reconocido por el Despacho Gubernativo, "pues en los libros o registros auxiliares, anotado así en los Mayores, se admite que se hicieron las contabilizaciones", es porque en realidad al momento de solicitar la devolución no satisfizo las exigencias requeridas para la procedencia de la devolución de los impuestos pagados, y tan es evidente el hecho que con oportunidad del agotamiento de la vía gubernativa el 8 de abril de 1985 manifiesta suplir los requisitos.

Estima la Sala, que si en el proceso de discusión en la vía gubernativa de la solicitud de devolución, la contribuyente demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, no hay razón para no acceder a la devolución, pues el no cumplimiento oportuno de tales exigencias en manera alguna implica la pérdida del derecho al saldo a favor, sino que apenas dilata su reembolso.

De otra parte si bien es cierto que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2503 de 1987, la devolución podía solicitarse en cualquier tiempo,

como lo afirma la apelante, el negar la devolución porque al momento de su solicitud no satisfizo un requisito que de todas maneras aparece demostrado en el proceso, por haberse subsanado con posterioridad, con el único fin de obligarlo a presentar una nueva solicitud, implica una contravención a los principios de economía y celeridad que regulan la función administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 3o. del Decreto 01 de 1984.

En consecuencia, para la Sala la irregularidad cometida por la actora, y subsanada ante la misma Administración dentro del debate en la vía gubernativa, constituye como bien lo afirma la colaboradora Fiscal Sexta, un defecto, cuya ocurrencia no lesiona los intereses del fisco nacional y por lo tanto la sentencia apelada habrá de confirmarse.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del 15 de abril de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 5393 correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la sociedad ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S. A., ventas IV Bimestre de 1984.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LIQUIDACION PRIVADA—Modificación/**SOCIO/RECURSO DE RECONSIDERACION/LIQUIDACION DE REVISION**

El artículo 62 de la Ley 52 de 1977 otorgó a los socios la facultad de solicitar mediante el recurso de reconsideración, la práctica de una liquidación teórica de las participaciones que les corresponden en razón de su aporte, cuando la sociedad no hubiera interpuesto recursos contra su correspondiente liquidación de revisión. Además, conforme al artículo 62 de la Ley 52 de 1977 el socio puede reclamar contra su liquidación aunque no hubiera reclamado la sociedad. Es decir, en ningún momento la ley ha establecido como condición para la modificación de la liquidación privada del socio que la practicada a la sociedad haya quedado con carácter de "cosa juzgada".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá, marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3331. Actor: Bayardo del Socorro Téllez Bernal C.C. 19.138.975 Apelación de la sentencia del 7 de septiembre de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1983. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 7 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 el señor BAYARDO DEL SOCORRO TELLEZ BERNAL C.C.

19.138.975, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo por la vigencia fiscal de 1983.

ANTECEDENTES

El actor presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta el día 29 de junio de 1984, determinándose una renta gravable de $796.655, un patrimonio líquido de $11.885.598 y un impuesto a cargo por valor de $316.425.

Mediante el requerimiento especial No. 962 del 10 de diciembre de 1985, la Administración propuso al contribuyente la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del incremento en el valor fiscal de los aportes y participaciones que le correspondieran en la sociedad Auto Japonés Ltda., que a su vez fué requerida para efectos de liquidación de revisión.

Como el contribuyente no diera respuesta al requerimiento, la Administración de Impuestos Nacionales concretó su propuesta en la liquidación de revisión No. 010146 del 10 de abril de 1986, en la cual determinó un mayor valor por concepto de impuestos por $38.982.567.

Contra dicho acto administrativo el contribuyente interpuso recurso de reconsideración ante la misma entidad gubernativa, alegando la nulidad de la liquidación por envío a una dirección distinta a la informada y la indebida determinación de aumento en sus aportes y participaciones fiscales.

El recurso fué fallado mediante la Resolución A-0023 P del 29 de febrero de 1988 con confirmación del acto administrativo recurrido.

LA DEMANDA

Inconforme el contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos: 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977 y 42 del Decreto 2053 de 1974, manifestando que si la determinación definitiva de la renta y patrimonio gravable en la sociedad no se había concretado por estar pendiente de fallo la acción contenciosa por ella instaurada, se violó entonces el artículo 42 del Decreto 2053 de 1974, y que en cuanto la Administración exige al contribuyente un impuesto mayor del que le corresponde, transgrede el artículo 31 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda considerando improcedentes los cargos de violación propuestos porque:

a) Contra la supuesta infracción de los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977, no explica cómo pudo haber infringido la Administración dichas normas, y que dado lo concreto del fundamento de la decisión acusada, no encontró la Sala en que forma se infringieron los principios generales consagrados por las normas invocadas.

b) Que con relación al último punto ante lo expresado por el actor, debe advertirse en primer término que no existe evidencia dentro del proceso de que los actos administrativos por los cuales se determinaron los aportes y participaciones en la sociedad Auto Japonés Ltda. hayan sido de objeto de acción alguna ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Que si ello hubiera, ocurrido no era óbice para que la Administración adicionara la liquidación privada del señor BAYARDO en la forma como lo hizo en la liquidación de revisión, y que además, debe recordar que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad que hace que sean ejecutables de inmediato, una vez se hallen en firme en sede administrativa, haciendo total abstracción de que contra ellos se hubiere recurrido ante el órgano jurisdiccional.

LA APELACION

El apoderado judicial del contribuyente apela la decisión de primera instancia ratificando los argumentos expuestos en la demanda con relación al rechazo de aumento de los aportes y participaciones en la sociedad Auto Japonés Ltda. por considerar que no fallado aún el recurso contencioso interpuesto por la sociedad, no podía modificarse la declaración del socio.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones del apelante, manifestando que en relación con los cargos de violación de los artículos 31 a 33 de la Ley 52 de 1977, no explicó el fundamento de la violación y que la Administración, lejos de apartarse de la equidad, determinó el gravamen de acuerdo con las utilidades que le correspondieron al contribuyente en la sociedad.

Que tampoco prospera el cargo de violación del artículo 42 del Decreto 2053 de 1974, porque la vía gubernativa y la jurisdiccional son distintas y que para acudir a la segunda debe agotarse la primera, de manera que legalmente la Administración debe concluir el proceso hasta su culminación con los elementos de juicio allegados por el mismo contribuyente.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece confirmarse, porque el

problema en el juicio en estudio se reduce a establecer si la Administración podía modificar el denuncio rentístico del contribuyente, sin esperar a que se tomara decisión en el juicio, que al parecer, promovió la sociedad Auto Japonés Ltda., por el mismo año gravable.

Que en opinión de la Fiscalía no sólo podían las oficinas estatales modificar el denuncio rentístico del demandante, sino que estaban en la necesidad de hacerlo si pretendían efectuar los ajustes correspondientes a los socios, antes del vencimiento del término para revisar, atendiendo a las modificaciones efectuadas en la declaración de renta de la sociedad.

Que de otra parte como bien lo señalan la Administración y el Tribunal, el hecho afirmado por el demandante, de existir juicio promovido por la sociedad Auto Japonés Ltda., por el año de 1983, no aparece acreditado en el proceso, razón de más para negar lo pedido por el actor, tal y como efectivamente sucedió.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que el cuestionamiento del apelante contra la sentencia de primera instancia, está en el aspecto relacionado con la determinación oficial del impuesto a la renta en virtud de liquidación de revisión, cuando los mayores valores derivan de otro acto administrativo de liquidación de revisión efectuado a la sociedad de la cual el contribuyente es socio.

Ciertamente como lo afirma la colaboradora fiscal, cuando la Administración mediante liquidación de revisión modifica el patrimonio y la renta gravable y por ende el tributo de una sociedad debe consecuencialmente proceder a efectuar los ajustes a los socios, en miras de dar plena aplicación al artículo 18 de la Ley 9a. de 1983, que dispone:

> "La renta líquida de los socios, comuneros o asociados de las sociedades limitadas y asimiladas, está constituida por la proporción que en el respectivo año o período gravable les corresponda en la renta líquida gravable de la entidad, menos el impuesto neto de renta determinado por el mismo ejercicio y la reserva mínima legal cuando su constitución sea obligatoria.
>
> "Para estos fines no se tendrá en cuenta la renta presuntiva de la entidad".

Norma a la cual no puede en manera alguna darle el contribuyente una interpretación restrictiva que no tiene, y que por el contrario, debe armonizarse con la facultad de revisar que tiene la Administración de Impuestos en un término perentorio de dos años, contados a partir de la presentación de la declaración tributaria, independientemente para cada contribuyente, sin

que el término para el socio pueda o deba suspenderse por los recursos intentados por la sociedad.

Precisamente contemplando estas circunstancias el artículo 61 de la Ley 52 de 1977, estableció que todo recurso tributario que haya sido resuelto en favor de una sociedad distinta de las anónimas o asimiladas, da, lugar a que se modifique la liquidación practicada a los socios, de acuerdo con su participación en la renta establecida para la sociedad y a las devoluciones y abonos respectivos. Y el artículo 62 de la misma ley otorgó a los socios la facultad de solicitar mediante el recurso de reconsideración, la práctica de una liquidación teórica de las participaciones que les corresponden en razón de su aporte, cuando la sociedad no hubiera interpuesto recursos contra su correspondiente liquidación de revisión. Además, conforme al artículo 62 de la Ley 52/77 el socio puede reclamar contra su liquidación aunque no hubiera reclamado la sociedad.

Es decir, en ningún momento la ley ha establecido como condición para la modificación de la liquidación privada del socio que la practicada a la sociedad haya quedado con carácter de "cosa juzgada" como lo pretende la contribuyente.

De otra parte observa la Sala que el actor en ningún momento ha probado que efectivamente la sociedad Auto Japonés Ltda. haya ejercitado acción contenciosa contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta por el año de 1983, ni invoca en su favor el resultado de tal proceso.

En consecuencia no existe motivo para revocar la sentencia de primera instancia que así lo declara.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del 7 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio No. 6372.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ERROR ARITMETICO/DECLARACION TRIBUTARIA/ERROR DE TRANSCRIPCION

De acuerdo con el contexto literal de los ordinales a) y c) del artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, para que se configure el error aritmético debe partirse del hecho de que los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, descuentos, etc. se hayan declarado correctamente. Por eso el funcionario no puede entonces partir de la premisa falsa de declaración correcta de los hechos imponibles únicamente con base en el valor fiscal anotado en la columna respectiva del formulario, desconociendo efectos tributarios al resto de la información contenida en el mismo formulario de la declaración oficial. Por eso un error de transcripción no constituye un hecho generador de impuesto que permita a la Administración determinarlo por la vía de corrección de error aritmético pues la ley no tiene tal alcance.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3714. Actor: Confecciones Ursula Ltda. Nit. 90.300.599. Apelación de la sentencia del 24 de mayo de 1991 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta año gravable de 1986. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 24 de mayo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las

súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "CONFECCIONES URSULA LTDA." Nit. 90.300.599, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Cali le determinó el impuesto de renta a cargo para el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Cali, mediante la liquidación de corrección 213 del 29 de marzo de 1989, modificó el impuesto que privadamente se liquidó la sociedad contribuyente, por el año de 1986 determinándole un mayor valor de $1.023.010, al encontrar que la sociedad registró en el renglón 201, como costo de activos movibles la suma de $14.327.315 cuando a su juicio el valor correcto era de sólo $10.917.279 determinado por el sistema de juego de inventarios e impuso sanción de corrección aritmética del 30% sobre el mayor valor adicionado.

Contra dicho acto administrativo, la sociedad contribuyente, acudió en reconsideración ante la misma administración, alegando su nulidad, por seguir un procedimiento distinto al que legalmente debió aplicarse, e incurrir en falsa motivación. Alega que la sociedad cometió en error tipográfico al trasladar la partida de $3.410.036 consignada en el renglón 187 de la columna 9, en la columna 10 donde escribió 0.

Mediante la Resolución 384 del 24 de Noviembre de 1989, la División de Recursos Tributarios confirmó la liquidación recurrida, providencia con la cual se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 40 y 45 del Decreto 2053 de 1974; (hoy artículos 697 y 703 del Estatuto Tributario), 7o. inciso 1o. del Decreto Ley 1651 de 1961; (hoy artículo 775 del Estatuto Tributario), 98 de la Ley 09 de 1983, 81 de la Ley 52 de 1977 (hoy artículo 683 del Estatuto Tributario).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda, anuló los actos acusados y declaró en firme la liquidación privada presentada por la actora, al considerar que no se tipificaba a la luz de lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 el error aritmético, sino que existía un simple error de transcripción, que se evidencia de los anexos presentados con la declaración y otros documentos que obran dentro

del proceso y que si la Administración estableció como incorrecta la cifra solicitada como costos de activos movibles, debió utilizar el procedimiento señalado por la ley para la liquidación de revisión al modificar la liquidación privada y no la de corrección aritmética.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada al apelar la sentencia manifiesta su discrepancia con la decisión del *a-quo*, porque la contribuyente, al declarar por el año gravable de 1986, si registró en el renglón 201 una cifra incorrecta porque al efectuar por computador las debidas operaciones matemáticas para determinar el referido costo, éste tan sólo llega a la suma de $10.097.179, situación que conllevó a la práctica de la liquidación para modificar la equivocación en que incurrió la sociedad contribuyente.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada porque como lo plantea la demandante, el error al transcribir la partida consignada en el renglón 187 columna 9, en la columna 10, es un simple error de transcripción y no aritmético, pues en nada modifica la determinación del impuesto y que la administración no debió desconocer la información contable inserta en la misma declaración y sus anexos, ni las pruebas que en tal sentido fueron aportadas al proceso, cuya prevalencia y aceptación reclama conforme a lo previsto en los artículos 775 y 777 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con lo establecido por el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, vigente cuando la actora presentó su declaración tributaria:

"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).

De acuerdo con el contexto literal de los ordinales a) y c) del artículo, para que se configure el error aritmético debe partirse del hecho de que los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, descuentos, etc. se hayan declarado correctamente.

Circunstancia que no se configura en el caso que se debate porque del análisis del formulario de la declaración tributaria presentada por la actora, se observa que evidentemente consignó en el cuadro correspondiente a costos y deducciones, como valor en libros, del costo de mano de obra (renglón 127) la suma de $3.410.036 y que al trasladar la cifra en la siguiente columna escribió *cero*, lo que implicó que el valor indicado por concepto de costo de mano de obra, fuera incorrecto.

Si se observa el anexo de pago de salarios y prestaciones sociales que obra a folio 61 del cuaderno de antecedentes administrativos, se precisa que su valor por el ejercicio fué de $3.995.335.30, que la actora llevó, una parte a costo por $3.410.036 y el saldo por $585.299 a deducción en el renglón 208, columnas 9 y 10 del formulario (F1, 58 cdno. ppal.).

Cuantía ésta que además aparece comprobada en el certificado expedido por contador público, en donde consta que el costo de la mercancía vendida determinado por el sistema de juego de inventarios fué de $14.327.315 y que la mano de obra aplicada a costo fué de $3.410.036.

Declarado el costo de la mercancía vendida en $14.327.315 en las columnas 9 y 10 del formulario y el valor de los salarios en el anexo de la declaración tributaria, no podía entonces el funcionario partir de la premisa falsa de declaración correcta de los hechos imponibles únicamente con base en el valor fiscal anotado de la columna 10 para practicar la liquidación de corrección aritmética, desconociendo efectos tributarios al resto de la información contenida en el mismo formulario de la declaración oficial.

En repetidas oportunidades esta misma Sala ha criticado que el manejo de las liquidaciones impositivas quede al cálculo automático, hecho a través de un sistema de computador, prescindiendo el funcionario totalmente del análisis de los demás hechos consignados en la declaración tributaria.

Así mismo ha precisado que un error de transcripción no constituye un hecho generador de impuesto que permita a la Administración determinarlo por la vía de corrección de error aritmético pues la ley no tiene tal alcance y por ello comparte la Sala el concepto del fiscal y el fallo de primera instancia que anuló el acto acusado.

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, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de mayo de 1991 en el juicio No. 16564 promovido por la sociedad CONFECCIONES URSULA LTDA. Nit. 90.300.599 para el año gravable de 1986.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEDUCCION POR PENSIONES DE JUBILACION/PENSION SANCION/ CALCULO ACTUARIAL/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

No obstante la circunstancia de que las normas legales sólo se refieren a provisiones para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, lo cierto es que al tenor de la Circular D-015 de 1979 de las Superssociedades se deduce que esta entidad conjuntamente con la Dirección de Impuestos Nacionales han impartido instrucciones respecto al trámite y aplicación del artículo 52 del Decreto 2053 de 1974, pues en ella se menciona: 1. Pensiones de Jubilación exclusivamente a cargo del patrono; 2. Pensión compartida: ISS y Patrono; 3. Pensión a cargo del patrono, concurrente con la pensión de vejez (aquí se hace referencia a la denominada "pensión sanción que es impuesta al patrono que despide sin justificación a un trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 20); y 5. Trabajadores retirados voluntariamente con más de 15 años de servicio. (Período Fiscal de 1983).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3796. Actor: Celulosa y Papel de Colombia, S. A., "Pulpapel" Apelación de la sentencia de mayo 31 de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1983. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación, contra la sentencia del 31 de mayo de 1991, mediante la cual el

Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las peticiones formuladas por CELULOSA Y PAPEL DE COLOMBIA S. A. "PULPAPEL" Nit. 60.006.878, respecto a los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios del año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial 0417 de mayo 2/86 librado a la contribuyente, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali desestimó la partida de $5.359.972 correspondiente a "Costos Generales de Fabricación" ($4.731.932) y "otras deducciones" ($628.040) cuyos rubros fueron cargados a las respectivas cuentas (códigos 192 y 234), con abono a "Provisiones para futuras pensiones de jubilación". Así mismo el acto liquidatorio oficial 2138 de octubre 7 de 1986 los ingresos declarados en la cantidad de $922.368 por concepto de recuperación de deducciones. Para obtener el monto del rechazo y la adición de ingresos antes mencionados la Oficina Liquidatoria determinó la cuota anual deducible por concepto de pensiones futuras de jubilación o invalidez siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 7o. del Decreto 2348 de 1974, pero modificando el monto del cálculo actuarial efectuado por la Superintendencia de Sociedades para el año de 1983, pues excluyó la partida de $13.088.208 por PENSION DE JUBILACION RESTRINGIDA. En tales circunstancias al tomar el cálculo actuarial referido por valor de $56.941.477 en vez de $70.029.685 y aplicarle el porcentaje previsto en el numeral 2 del artículo 7o. del Decreto Legislativo 2348/74 (48%), obviamente resultó una deducción acumulada a diciembre 31 de 1983 menor ($27.331.909), pues si se hubiese calculado sobre $70.029.685 que incluye la Pensión de Jubilación restringida, tal deducción sería del orden de $33.614.249. Así las cosas, este último guarismo menos la deducción acumulada a diciembre 31 de 1982 de $28.254.277 constituiría la cuota anual deducible en 1983, en este caso, la cantidad de $5.359.972 que fué precisamente la solicitada por la contribuyente en su declaración de renta y patrimonio del año discutido (fls. 39/44).

Según las consideraciones que contiene el memorando explicativo de la liquidación, el rechazo de los $5.359.972 y la resultante "recuperación de deducciones" ($992.368) que en tal acto liquidatorio se establece (parágrafo 2o. art. 7o. Decreto 2348 de 1974), principalmente se fundamenta en el concepto 23529 del 19 de octubre de 1982 de la DIN el cual considera que la Pensión de Jubilación restringida tiene el carácter de sanción y como tal no se admite como deducción de la renta bruta por no ser expensa necesaria (art. 45 Decreto 2053/74). A este respecto observa la Oficina Liquidadora que la figura de pensión sanción (art. 8o. de la Ley 171/61) no tiene la condición de jubilación sino que es una indemnización pagada al trabajador por su despido sin justa causa (fls. 55/69).

Con motivo de la reconsideración la contribuyente puntualiza que en 1983 no solicitó ningún valor como deducción por concepto de jubilación restringida; simplemente que tenía derecho a una provisión para pensión de jubilación e invalidez por valor de $5.797.811 calculada con base en el art. 52 del Decreto 2053/74 teniendo en cuenta la prestación consagrada en el art. 260 del C.S. del T. que el mencionado valor de la deducción para 1983, por provisión para pensión de jubilación e invalidez según estudio actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades, fue ajustado en la cantidad de $437.839 (recuperación de deducciones), resultando entonces un valor neto solicitado como deducción de renta del año 1983 la partida de $5.359.972. De otro lado, recaba acerca de que las deducciones acumuladas a diciembre 31 de 1982 ($28.254.277) y diciembre 31 de 1983 ($33.614.249) fueron determinadas según los porcentajes, también acumulados del 44% y 48% respectivamente, con fundamento en los cálculos actuariales realizados por la Superintendencia de Sociedades por las sumas de $64.214.266 (1982) y $70.029.685 (1983). Asimismo precisa que la Administración Tributaria no está facultada para aprobar, rechazar, modificar, u objetar los valores y conceptos incluidos dentro del cálculo actuarial anual presentado por la contribuyente, porque ello está reservado exclusivamente a la Superintendencia de Sociedades al tenor del art. 9o. del Decreto Reglamentario 331 de 1976. Y por último, censura el concepto 23529 de octubre 19/82 emitido por la DIN por *ilegal:* (por ser violatorio del art. 52 del Decreto 2053/74), pues excede la facultad interpretativa toda vez que la ley no distingue qué clases de pensiones de jubilación son las que deben tenerse en cuenta; y también, porque tal *concepto no es obligatorio para los funcionarios y los contribuyentes* como lo decidió el Consejo de Estado en sentencia de junio 18 de 1984 Ponente Dr. Enrique Low Murtra, radicación 10.787, al declarar la nulidad del párrafo 6 del capítulo I de la Circular General número 1 del 21 de julio de 1982 de la DIN. (Fls. 70/80 y 115/120).

No obstante lo anterior, la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Cali mediante resolución 322 de julio 29 de 1988 al resolver la reconsideración confirmó en todas sus partes la liquidación de revisión 2138 de octubre 7/86 básicamente, reiterando que "la no deducibilidad de las provisiones para cubrir las pensiones de jubilación denominadas restringidas o sancionatorias, se basa en un concepto del nivel central de la Administración de Impuestos, que consideramos justo" (fl. 93). Además observó que la Administración Tributaria de ninguna manera "desconoce los pagos que se efectúen por concepto de pensión-sanción cuando estos efectivamente se produzcan, como también las provisiones para cubrirlas, cuando igualmente correspondan a situaciones causadas, es decir a pasivos individualmente determinados por decisiones administrativas, El procedimiento que se está aplicando fiscalmente ha originado esta discrepancia con el contribuyente y como toda norma, es susceptible de modifiación hacia el futuro" (fls. 82/99).

Agotada la vía gubernativa en la forma reseñada, la sociedad ocurrió en demanda ante el Tribunal invocando como normas violadas, entre otras, el art. 7o. del Decreto 2348/74, art. 52 del Decreto 2053/74, art. 9o. Decreto 331/76 y Circular Externa D. 15 al 11 de diciembre de 1979 de la Superintendencia de Sociedades, por cuanto al tenor de la primera norma citada legalmente basta la aprobación del cálculo actuarial por parte de dicha Superintendencia, la cual mediante Circular Externa No. D-015 de diciembre 11/79 instruyó a las entidades por ella vigiladas sobre cada una de las pensiones que deben ser incluidas dentro del cálculo actuarial de cada año. Señala que también viola la circular 027 de 1975 de la DIN según la cual "El cálculo de la reserva debe ser aprobado por la Superintendencia respectiva", precisando además que al tomar una parte del cálculo actuarial a diciembre 31 de 1983 por la suma de $56.941.477 y no sobre el valor total aprobado por la Superintendencia de Sociedades ($70.029.685), según oficio No. AT-11174 de mayo 29 de 1984, se está infringiendo ostensiblemente el art. 7 Decreto 2348 de 1974 en su numeral 2 y por ende el art. 9 del decreto reglamentario 331 de 1976, cuyas normas le otorgan a la Superintendencia de Sociedades la facultad de aprobar, rechazar o modificar el cálculo actuarial, es decir que en manera alguna la Administración Tributaria tiene facultad para aprobar, rechazar, modificar u objetar los valores y conceptos incluídos dentro del cálculo actuarial anual presentado por la contribuyente. (fls. 131/153).

Por su parte, el Tribunal luego de referirse a la forma como se calcula la deducción como cuota anual por concepto de pensiones futuras de jubilación o invalidez concluyó que la sociedad demandante determinó la cuota anual respectiva, de conformidad con las disposiciones legales vigentes (art. 52 Decreto 2053/74, arts. 63 y 64 Decreto 187/75 y parágrafo 2o. art. 7o. Decreto ley 2348/74). Por consiguiente, le dió total validez al monto del cálculo actuarial a diciembre 31 de 1983 aprobado por la Superintendencia de Sociedades de $70.029.685 que incluye la pensión de jubilación restringida, aplicándole el porcentaje acumulado del 48% ($33.614.249); y a este valor restándole la deducción acumulada a diciembre 31 de 1982 de $28.254.277, o sea una cuota deducible anual de $5.359.972. En resumen, puntualizó el fallo que si la Superintendencia de Sociedades aprobó la provisión de pensiones, entre ellas la restrictiva, no existiendo norma legal alguna que prohiba expresamente la deducibilidad de esta última y habiendo sido aceptado y autorizado el cálculo actuarial por la mencionada entidad de vigilancia no existe fundamento legal para sostener su desestimación. En consecuencia, dejó sin efecto la adición a la renta por concepto de recuperación de deducciones ($922.368) y además aceptó como cuota anual deducible por el año gravable de 1983 la partida rechazada por valor de $5.359.972 (fls. 197/204).

RECURSO DE APELACION

La Administración Tributaria por medio de apoderada impugna la sentencia del Tribunal mencionado, en primer término el artículo 450 del Código de Comercio según el cual en el respectivo ejercicio económico SE DEBEN HACER APROPIACIONES de acuerdo con las leyes para atender la garantía del patrimonio social. Asimismo hace alusión al artículo 52 del Decreto 2053/74, al art. 7o. del decreto 2348/74 y a los artículos 8 y 9 del Decreto Reglamentario 331 de 1976 para concluir que de su examen en manera alguna se deduce que se ordene expresamente un procedimiento especial para apropiar algún valor por concepto de pensión-sanción no causada. Por tanto, solicita la revocación de la sentencia recurrida (fls. 213/215).

ALEGATO DE LAS PARTES

El apoderado judicial de la actora en su escrito reitera que ésta por el año gravable de 1983 no solicitó cuota anual deducible por concepto de pensión-sanción, sino que por el contrario, por este concepto recuperó deducciones conforme al parágrafo 2 del art. 7o. del D.L. 2348 de 1974, ya que el cálculo de la cuota anual deducible por concepto de pensión-sanción independientemente del cálculo de la cuota anual deducible por concepto de pensión plena, dió NEGATIVO, significando ello que la deducción del año 1983, sólo se hizo sobre pensiones de jubilación plena. Por lo demás, precisa que en la sustentación del recurso de apelación la apoderada de la demandada invoca básicamente las mismas disposiciones que se estimaron como violadas, observando que su planteamiento es bastante confuso y lo único que hace es reafirmar el derecho que le asiste a Pulpapel S. A. de calcular la deducción anual por provisiones de pensiones de jubilación en general, con fundamento en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades, entidad competente para impartirle dicha aprobación (fls. 220/223).

En cambio, la Dirección de Impuestos Nacionales por medio de su apoderada sostiene que si bien es cierto que la facultad para aprobar, rechazar o modificar el cálculo actuarial es privativa, en este caso, de la Superintendencia de Sociedades, también lo es que la entidad encargada de aceptar o rechazar la parte fiscalmente deducible por dicho concepto es la DIN a través de sus administraciones. Relieva que si la ley tributaria ha concedido una deducción sobre esta provisión (pensión de jubilación) con fundamento en el cálculo actuarial aprobado previamente por la Superintendencia de Sociedades, ello no significa que deba aceptarse deducciones sobre provisiones efectuadas sobre pensiones restringidas que no son más que meras expectativas que no generan derecho, pues sólo se deben aceptar aquellas (art. 51 y 52 D. 2053/74) que se constituyen para asumir la prestación social de la pensión de jubilación sobre una base de normalidad laboral y por supuesto evitar, la incierta y futura pensión restringida o pensión-sanción que cons-

tituye una excepción. Por consiguiente auspicia la revocación del fallo de primera instancia (fls. 233/238).

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Sexta de la Corporación a cargo de la doctora Margarita de Obando, en relación con el punto debatido sostiene que bien se trate de pensión de jubilación ordinaria o de pensión restringida la naturaleza es la misma; y donde la ley no distingue mal puede la Administración Tributaria hacer distinciones para rechazar deducciones.

Puntualiza al respecto que la pensión-sanción está regulada por la ley laboral y permite a los patronos dar por terminado el contrato de trabajo de una persona que tenga más de diez (10) años de servicio a una empresa, siendo "una garantía para este trabajador de que no puede ser despedido sin justa causa para evitar que complete el tiempo necesario para exigir el pago de su jubilación".

Y agrega: "Pero esa autorización de la ley para el caso de que ocurra el hecho es perfectamente previsible y en un sano manejo del sistema financiero de una Empresa debe ser calculado actuarialmente pues existen elementos de juicio suficientes para hacerlo. Ocurrido el hecho de la pensión que se pague tiene la misma naturaleza de la pensión de jubilación corriente y por lo tanto, no se vé una razón clara para considerar que las provisiones para el pago de dicho tipo de pensión no puedan ser deducibles si la ley no las ha excluido y si además han sido debidamente autorizadas por la Superintendencia de Sociedades. La ocasionalidad de la obligación de pagar la pensión restringida no es argumento para que la provisión correspondiente no pueda ser deducible, pues ese argumento sería más valedero en frente a la pensión de invalidez por corresponder a un hecho futuro y totalmente aleatorio y sin embargo, la ley autoriza hacer las apropiaciones correspondientes para ello y deducirlas en el año fiscal correspondiente". (fls. 243/244).

De acuerdo con lo anterior, la Fiscalía estima que la decisión del Tribunal de instancia merece ser confirmada. (fls. 239/244).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se ha expresado antes, el punto de vista sostenido por la Administración Tributaria para negar la apropiación de la cuota anual ($5.359.972) para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez radica en el hecho de que no existe un procedimiento especial para apropiar suma alguna por concepto de pensión - sanción no causada.

No obstante esta afirmación y la circunstancia de que las normas de los decretos 2053 de 1974, 2348 de 1974, 187 de 1975 y 331 de 1976 sólo se

refieren a provisiones para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, lo cierto es que al tenor de la Circular D-015 de diciembre 11 de 1979 de la Superintendencia de Sociedades se deduce que esta entidad conjuntamente con la Dirección de Impuestos Nacionales han impartido instrucciones respecto al trámite y aplicación del art: 52 del Decreto 2053 de 1974, pues en ella se mencionan: 1. Pensiones de jubilación exclusivamente a cargo del patrono; 2. Pensión compartida: Instituto de Seguros Sociales y Patrono; 3. Pensión a cargo del Patrono, concurrente con la pensión de vejez (en este punto se hace referencia a la denominada "pensión-sanción" que es impuesta al patrono que despide sin justificación a un trabajador con más de diez (10) años de servicio y menos de veinte (20); y 5.– Trabajadores retirados voluntariamente con más de quince (15) años de servicios.

En relación con el punto 3. de la mencionada Circular Externa D-015 de 1979, dada la existencia de la pensión restringida y proporcional llamada "pensión-sanción" se imparten instrucciones para que al elaborarse el Cálculo Actuarial por Pensiones de Jubilación se tengan en cuenta como la de diferenciar el personal que ha sido despedido sin justa causa en los años anteriores, en cuyo caso se debe obtener el monto de su reserva (provisión) de acuerdo con lo ordenado en el art. 267 del C.S.T. (norma sustituida por el art. 8 de la Ley 171 de 1961), etc., recabando que siguiendo estos procedimientos las empresas podrán mostrar estados financieros más reales, por cuanto le permiten incluir un pasivo laboral exigible en cualquier momento.

Por lo demás, es preciso relievar que la Superintendencia de Sociedades al aprobar el cálculo actuarial correspondiente al año gravable 1983 por la suma de $70.029.685 distribuido por pensión de jubilación $56.941.477 y por Pensión de Jubilación Restringida $13.088.208 señalando que tal aprobación se efectuaba para los fines fiscales pertinentes y de conformidad con los artículos 52 y 7o. de los Decretos 2053 y 2348 de 1974, art. 9 Decreto 331/76 y también acuerdo con las circulares número 027 y 09 emanadas de la Dirección de Impuestos Nacionales de 1975 y 1976 respectivamente, (folio 103) estaba convalidando la actuación de la contribuyente de conformidad con el procedimiento legal que autoriza tal intervención de la citada Superintendencia.

De manera pues, en primer lugar como lo observa la Fiscalía Sexta de la Corporación de que bien se trate de pensión de jubilación ordinaria o de pensión restringida, donde la ley no distingue no puede la Administración Tributaria hacer distinciones para negar la aprobación de la cuota anual para pensiones de jubilación que se discuten. En segundo lugar, que como se ha visto sí existe una reglamentación por parte de la Superintendencia de Sociedades y de la misma Dirección de Impuestos Nacionales respecto a la pensión restringida y proporcional denominada "Pensión-Sanción".

Por lo procedentemente 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:

1.– CONFIRMASE la sentencia del 31 de mayo de 1991, proferida en el juicio 15952 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca modificó los actos administrativos de determinación del Impuesto de renta del año gravable 1983 a cargo de CELULOSA Y PAPEL DE COLOMBIA S. A., Nit. 60.006.878.

2.– Reconócese personería a la doctora Emilia Sánchez Gutiérrez de acuerdo con poder visible a folio 226 del expediente.

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

Se deja constancia que este fallo fue discutido y aprobado en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SECCION

QUINTA

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCIONES–Limitación

La naturaleza del título ejecutivo, limita las excepciones de fondo que pueden proponerse a las señaladas taxativamente en el C. de P.C., ellas son: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción, o transacción, siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff*

Referencia: Expediente No. 132. Actor: La Nación C/Comercio y Mercadeo Ltda. Excepciones de Merito.

Se resuelven las excepciones de mérito propuestas por la parte ejecutada contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 6 de agosto de 1986 (fl. 40).

ANTECEDENTES

1o.– Por Resoluciones Números 035 de 5 de febrero de 1968 (fls. 1 y 3) y 041 de 6 de los mismos mes y año (fls. 38 y 6), la Dirección General de Aduanas –Aduana de Cartagena– ordenó a la firma "Comercio y Mercadeo Ltda.", cancelar unas cuentas adicionales por las sumas, en su orden de $5.870.187 y $821.720, correspondientes a los derechos de Aduana y Proexpo, dejados de cobrar en la nacionalización de las mercancías amparadas con los manifiestos de importación Números 5895 y 18036/84, respectivamente.

2o.– Con base en los actos administrativos mencionados, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, libró orden de pago por vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y a cargo de "Comercio y Mercadeo Ltda.", por la suma de $6.691.907 y por los gastos, intereses y costas que se causaren (fl. 40).

3o.– El mandamiento de pago se notificó por conducto de comisionado, el 5 de enero de 1988 (fl. 26).

4o.– Dentro de la oportunidad legal señalada en el artículo 509 del C.P.C., el apoderado de la firma "Comercio y Mercadeo Ltda.", propuso las siguientes excepciones de fondo:

I. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISDICCION COACTIVA

a) El cobro coactivo de créditos a favor de las entidades de derecho público por parte de la administración en sus diferentes niveles es permanente y para ello se han creado las funciones correspondientes, entonces la actividad de la administración para el cobro coactivo de sus créditos la ejerce como si se tratara de una tarea administrativa y no jurisdiccional; siendo como es una competencia de la Rama Jurisdiccional del poder público debería ser administrada por el órgano constitucional competente como lo establecía el artículo 58 de la derogada Constitución Nacional.

La administración de justicia permanente por parte del ejecutivo, en el caso de la jurisdicción coactiva desvertebraba el entonces vigente artículo 55 de la Carta, toda vez que constituía una incursión de la Rama Ejecutiva del poder público en una rama distinta.

La jurisdicción coactiva administrada por el ejecutivo, también transgredía el artículo 153 de la antigua Constitución Nacional, en cuanto aquella estaba distribuida por todo el país sin ninguna coherencia, pues todo empleado público que tuviera la condición de recaudador o administrador de bienes muebles de la administración pública en los ejecutivos estaba investido de jurisdicción coactiva sin que estuviera sujeto a una jerarquía que asegurara la oportunidad de una mejor defensa de los intereses de los contribuyentes.

b) Sostiene que las Resoluciones Números 0035 y 041 de 1986, transgreden el artículo 325 del Decreto 2666 de 1984 (Código Aduanero), en cuanto dicha norma dispone que podrán interponerse los recursos previa constitución de garantías, mientras que las resoluciones mencionadas exigen la cancelación de la cuenta adicional, circunstancia que impidió interponer los recursos de ley, pues, no es lo mismo constituir una garantía que pagar la totalidad del gravamen, con lo cual, se pretermitió el debido proceso.

c) El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales no existe, pues por mandato del parágrafo segundo, artículo 1o. del Decreto Ley 78 de 1976, corresponde a la División de Ejecuciones Fiscales cumplir con las obligaciones que venía desempeñando el Juzgado mencionado.

II. EXCEPCION DE FALTA O INSUFICIENCIA DEL TITULO

Sostiene el incidentista que al parecer las Resoluciones con las que se está ejecutando son actos de mero trámite con visos de acto administrativo definitivo, pues lo que pretenden es notificar unas cuentas adicionales, éstas sí, títulos ejecutivos idóneos que no fueron notificadas.

CONSIDERACIONES

En el proceso radicado con el No. 0126, en el que también se ejecuta a la Sociedad "Comercio y Mercadeo Limitada", mediante proveído calendado el 19 de diciembre de 1991, esta Sala resolvió las excepciones de mérito propuestas por la demandada, que al igual que en este caso, en ese, se concretaron en la inconstitucionalidad de la jurisdicción coactiva y en la falta o insuficiencia del título; como los fundamentos en uno y otro caso son idénticos, la decisión debe ser igual a la adoptada en el primero de los procesos mencionados, cuya parte pertinente al caso sub-análisis dice:

> "La Resolución No. 279 del 18 de junio de 1986, que en este caso sirvió de título ejecutivo es una providencia de carácter administrativo que conlleva ejecución, pues, la obligación clara, expresa y exigible contenida en ella, a favor de la Nación, permite demandar su cumplimiento por vía ejecutiva coactiva por mandato de los artículos 68 del C.C.A. y 561-568 del C.P.C.
>
> "La naturaleza que en este caso ostenta el título ejecutivo, limita las excepciones de fondo que pueden proponerse a las señaladas taxativamente en el artículo 509 del C.P.C., ellas son: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción, o transacción –siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia– la de nulidad de los casos del artículo 140-7-9 de la misma codificación y la pérdida de la cosa debida.
>
> "Como las excepciones de inconstitucionalidad de la jurisdicción coactiva y de falta o insuficiencia del título, propuestas en el evento a estudio, no están comprendidas dentro de las señaladas en el artículo 509 referido, deberán ser declaradas improcedentes, pues, aun cuando la denominación de la segunda de ellas, insinúe que los títulos ejecutivos –base de la ejecución– carecen de eficacia, la verdad es que la fundamentación de ese medio exceptivo les niega la condición de acto administrativo definitivo, calificándolos de meros actos de trámite.

"En cuanto tiene que ver con este último aspecto, es suficiente acotar, que en relación con los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, ni el artículo 562 del C.P.C., vigente al momento de proponer las excepciones ni el 68 del C.C.A. que lo derogó, al referirse a dichos documentos incluían dentro de ellos las cuentas adicionales, y sí en cambio dan esa categoría a los actos administrativos que, como en este caso se encuentran ejecutoriados (fl. 20), e imponen a favor de la Nación, la obligación de pagar una suma líquida de dinero".

Las consideraciones transcritas expuestas en el proceso No. 0126 continúan vigentes y dada su identidad con el presente proceso y con las respecitvas actuaciones procesales, la decisión a tomar en esta causa será consecuente con la contenida en el proveído referido.

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

FALLA:

1o.– Decláranse improcedentes las excepciones de inconstitucionalidad de la jurisdicción coactiva y de falta o insuficiencia del título, propuestas por la parte ejecutada.

2o.– Continúe la ejecución contra "Comercio y Mercadeo Ltda.".

3o.– Condénase en costas a la firma excepcionante, las que serán tasadas con la liquidación de crédito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

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

Amado Gutierrez Velásquez, Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

REMISION/CONDONACION–Improcedencia

Por mandato del artículo 1711 del C.C.A. la remisión de una deuda no tiene valor "sino cuando el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella", y ni el INCOMEX, ni la Junta Monetaria, poseen la facultad de condonar una deuda reconocida y en proceso de cobro para la Nacion.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0063. Actor: La Nación C/Emeral Universal Source Co. Ltda. Excepciones de Mérito.

Se resuelven las excepciones propuestas por la parte demandada contra el mandamiento de pago librado por la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales, el 6 de febrero de 1991 (fl. 32).

ANTECEDENTES

1o.– Por Resoluciones Números 5568 (fls. 17 a 19) y 5885 (fls. 3 a 5), proferidas en su orden los días 12 y 25 de octubre de 1989, el Subdirector de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior –INCOMEX– declaró el incumplimiento de la obligación de reintegro por las exportaciones que efectuara la firma "Emerald Universal Source Co. Ltda.", según los registros de importación números 027923 de 9 de noviembre de 1988, por US$235.516.85 y 020495 de 25 de agosto del mismo año por US$84.730.33;

así mismo ordenó hacer efectivas, por intermedio del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales a cargo de la demandada, las garantías correspondientes, en cuantías de: $3.632.023.10 y $1.255.237.47.

2o.– Los actos administrativos proferidos por el INCOMEX, fueron recurridos por vía de reposición y confirmados en su integridad mediante las Resoluciones Números 0102 (fls. 24 a 28) y 0539 (fls. 9 a 11) de 12 y 29 de enero de 1990, respectivamente, y con base en ellos se libró el mandamiento de pago.

LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Por conducto de apoderado debidamente constituido, la firma "Emerald Universal Source Ltda.", formuló tres excepciones de fondo, que se pueden resumir así:

1o.– Pérdida de la ejecutoria del título o pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrado.

El excepcionante considera que en este caso existe decaimiento del acto administrativo por derogatoria del fundamento de derecho, al haber desaparecido del orden jurídico la norma que sirvió de apoyo al acto, pues por Resolución No. 0074 de 1984, la Junta Monetaria reglamentó la forma, plazo y garantías que deberían cumplirse para el reintegro de divisas por concepto de exportaciones distintas del café; de acuerdo con dicha resolución, la ejecutada se hizo otorgar los registros de importación números 0204-95 de agosto 25 de 1988 por US$84.730.33 y 027923 de 9 de noviembre de 1988 por US$235.516.85, con lo cual, a su vez se obligó a reintegrar las divisas al Banco de la República dentro de los términos fijados por la Junta Monetaria, para lo cual, constituyó las garantías personales números 020495 de 27 de febrero de 1989, por valor de $1.255.237.47 y 027923 de 9 de junio de 1989, por valor de $3.652.023.10.

La firma ejecutada vendió al Banco de la República la cantidad de US$235.516.85, pero no fue posible legalizar el reintegro de divisas por falta del manifiesto de exportación, documento de difícil expedición por parte de la Aduana, ante lo cual, la propia Junta Monetaria encontró la necesidad de dictar la Resolución No. 061 de 14 de noviembre de 1990, cuyo artículo 5o. suprimió el plazo señalado en la Resolución No. 074/84 y normas concordantes para presentar ante el Banco de la República el manifiesto de exportación o la copia del documento único de exportación, respecto de los exportadores de bienes que hubieren efectuado con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990 reintegro de divisas al Banco de la República. En consecuencia, el Banco mencionado podía entregar el respectivo certificado de reintegro sin la presentación de los documentos aludidos.

Y concluye, que las resoluciones del INCOMEX tuvieron como fundamento la no entrega de los certificados de reintegro de divisas por parte del Banco de la República, que este a su vez no expidió porque la ejecutada no presentó el manifiesto de exportación ordenado por el artículo 3o. de la Resolución No. 074 de 1984 de la Junta Monetaria.

Así, entonces, el Banco de la República entregó los certificados de reintegro al INCOMEX sin la presentación del manifiesto de exportación, y en la actualidad reposan en la Sección de Exportaciones, regional Bogotá.

2o.– Remisión.

El excepcionante considera que con la expedición de la Resolución No. 061 de 1990 que suprimió los plazos y ordenó al Banco de la República la entrega de los certificados de reintegro sin necesidad de la presentación de los manifiestos de exportación o el certificado único de exportación, se estructuró el fenómeno de la remisión tácita.

Agrega el incidentista que, cuando el acreedor cancela el título de la obligación con ánimo de extinguir la deuda, él mismo debe probar que la cancelación no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir las deudas, pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

Si la Junta Monetaria no prueba que la Resolución No. 061/90 no fue hecha con ánimo de remitir las deudas por falta de legalización de los reintegros de exportación, se tendrá que su ánimo fue condonarlas, tal como lo dispone el artículo 1713 del C.C.

3o.– Todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Conforme a la ley, si el juez que conoce de un pleito encuentra probada alguna excepción, la declarará de oficio, aunque no se haya propuesto por el excepcionante de manera expresa, tal como lo dispone el artículo 306 del C.P.C.

CONSIDERACIONES

1o.– Las excepciones fueron propuestas dentro del término que para ese efecto señala el artículo 509-1 del C.P.C.

2o.– Reiteradamente ha dicho esta Sala, que en casos como el *subjúdice*, en el que el título ejecutivo es una providencia administrativa que conlleva ejecución dada su cobrabilidad por vía ejecutiva coactiva, tan solo

pueden ser propuestas las excepciones de mérito que el artículo 509 del C.P.C. concreta en: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos del artículo 140-7-9 del C.P.C. y la de pérdida de la cosa debida.

Lo brevemente expuesto, sería suficiente para declarar improcedentes las excepciones de pérdida de la ejecutoria del título o pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo y la de que todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, pues, es evidente que ninguna de ellas figura dentro de las taxativamente señaladas en el artículo 509 del C.P.C.

Sin embargo, en relación con el primero de los medios exceptivos inmeditamente referidos, conviene poner de presente la equivocación en la que incurre el incidentista cuando afirma que las Resoluciones números 5568, 5885 de 12 y 25 de octubre de 1989 y las 0102 y 539 de 12 y 29 de enero de 1990, proferidas por el INCOMEX "... tuvieron como fundamento, la no entrega de los certificados de reintegro de divisas por parte del Banco de la República ...", pues, sus consideraciones dan cuenta del incumplimiento en el reintegro al Banco de la República de las divisas provenientes de las exportaciones que realizara la firma "Emerald Universal Source Co. Ltda." y en la realización de dicha operación dentro del término fijado por la Junta Monetaria, lo que a su vez trajo como consecuencia, que el Subdirector de Operaciones del INCOMEX, impusiera a la ejecutada sendas sanciones representadas en dos multas.

A lo anterior hay que agregar que, como dispone el artículo 561 del C.P.C. esta es una cuestión que debió y no fue planteada en la vía gubernativa, pues, las resoluciones que decidieron los recursos de reposición intentados contra las que impusieron sanciones ponen de manifiesto que la firma ejecutada siempre adujo cumplimiento de la obligación, sin mencionar dificultad o imposibilidad para obtener de parte de la Aduana Nacional los respectivos manifiestos de exportación.

En efecto, en la Resolución No. 0539 de 29 de enero de 1990, se lee: "Fundamenta su recurso en los siguientes hechos:

"Consideramos que la compañía sí cumplió con la obligación de reintegrar ya que en septiembre 13 de 1988, se vendió al Banco de la República la cantidad de US$84.730.33, según consta en el Certificado de Reintegro No. 947316 expedido por el Departamento Internacional del Banco de la República y que corresponden al valor del registro de exportación No. 020495 de agosto 25 de 1988".

Por su parte la Resolución No. 0102 de 12 de enero de 1990 dice:

"Fundamenta su recurso en los siguientes hechos:

"El exportador considera que sí cumplió con la obligación de reintegrar, ya que según consta en los certificados de compra expedidos por el Banco de la República, éste vendió a ese Banco DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DIECISEIS CON 85/100 (US$235.516,85) M/A".

"Documentos que anexó al recurso: ...".

Finalmente, cabe observar que los actos administrativos que sirvieron de título ejecutivo fueron expedidos por el Sub-director de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior –INCOMEX– en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto Ley 151 de 1976, el C.C.A. y las Resoluciones Números 1360 de 1986 y 1916 de 1987 de la Dirección de ese Instituto; en consecuencia, la supresión del plazo señalado en el artículo 3o. de la Resolución No. 074 de 1984 para presentar ante el Banco de la República el manifiesto de exportación o la copia de documento único de exportación exigido por la Resolución No. 0074 de 1984, en nada afecta el soporte jurídico que sirvió de fundamento para la expedición de los títulos ejecutivos, y por ende no podría estructurarse la figura jurídica del decaimiento del acto que tiene que ver justamente con la desaparición de las disposiciones que sirvieron de base para la expedición de los actos administrativos, que en este caso corresponden a los títulos ejecutivos.

3o.– Según el artículo 1713 del C.C. "... hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla".

Del contenido de la norma transcrita, fácilmente se desprende que el hecho alegado como excepción de remisión por el apoderado de la firma ejecutada, no sólo en nada se identifica con la definición que de ella da el artículo 1713 del C.C., sino que aún si los títulos ejecutivos en forma de acto administrativo producidos por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior –INCOMEX– hubieren sido entregados voluntariamente al deudor, o destruidos físicamente, como dice la norma en comento, no se configuraría la alegada remisión tácita, pues, es bien sabido que si no se presenta alguno de los eventos previstos en el artículo 66 del C.C.A., los actos administrativos ejecutoriados son de obligatorrio cumplimiento y la administración tiene la potestad de ejecutarlos oficiosamente, aún en contra de la voluntad de los interesados (art. 64 C.C.A.).

Pero de llegar a configurarse la remisión, en este evento no tendría efecto legal alguno, pues, por mandato del artículo 1711 del C.C., la remisión de una deuda no tiene valor "... sino en cuanto *el acreedor es hábil para disponer* de la cosa que es objeto de ella" (se subraya), y ni el INCOMEX, ni la Junta Monetaria, poseen la facultad de condonar una deuda reconocida y en proceso de cobro para la Nación.

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

FALLA:

1o.– Declárase improcedentes las excepciones de pérdida de la ejecutoria o pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo y de que todo hecho que resulte probado en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

2o.– Declárase no probada la excepción de remisión propuesta por la parte ejecutada.

3o.– Continúe la ejecución contra Emerald Universal Source Co. Ltda.

4o.– Condénase en costas al excepcionante, las que serán tasadas junto con el crédito principal.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente a la Oficina de oriegen.

Se deja constancia de que 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 Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONGRESISTA—Inhabilidades/**SUSPENSION PROVISIONAL**

El artículo transitorio 2o. de la Constitución Nacional consagra una inhabilidad para candidatos a las elecciones generales del Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre del año próximo pasado. Con los documentos públicos aportados al proceso se demuestra plenamente la inhabilidad cuestionada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0647. Actor: Hugo Escobar Sierra.

Por haber sido presentada en el término de caducidad señalado en el artículo 7o. de la ley 14 de 1988 y reunir los requisitos de forma a que se refieren los artículo 137, 138, 139 y 142 del C.C.A. la Sala admitirá la demanda que en nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral presentó el doctor Hugo Escobar Sierra impetrando "... la nulidad parcial de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 121 (noviembre 25) proferida por el Consejo Nacional Electoral pero sólo en cuanto declaró electo y expidió la credencial de Senador de la República al señor doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora en representación del partido liberal colombiano para el período constitucional que se inició el 1o. de diciembre de 1991 y culmina el 19 de julio de 1994 y, en consecuencia, previa verificación y rectificación del resultado de los escrutinios de las elecciones realizadas el 27 de octubre del presente año en Circunscripción Nacional para Senado, declare electo y

expida credencial a quien corresponda de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República".

En el mismo libelo pide la suspensión provisional del acto demandado, así:

a) Sostiene el demandante que conforme al Artículo transitorio 2o. de la Constitución Nacional no podían ser candidatos a las elecciones generales del Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre de 1991 "... los funcionarios de la rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991". De acuerdo con tal prescripción el doctor José Ignacio Díaz Granados Alzamora no podía ser candidato para senador en las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 1991, es decir estaba inhabilitado para ser elegido senador, porque "... ejerció la Dirección General del Hospital Central de Santa Marta hasta el día ocho (8) de agosto de 1991", por manera que de acuerdo con los "... documentos oficiales de carácter público" que acompaña a la demanda, "... la violación de la norma constitucional es clara, directa, grosera, protuberante y escandalosa, ...", por lo que procede la suspensión provisional del acto "... a la nítida luz del artículo 230 (inciso 2o.) del Código Contencioso Administrativo", pues el Hospital Central de Santa Marta fue creado como establecimiento público del orden departamental.

b) Afirma el libelista que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, la inscripción de listas de candidatos para Cámara y Senado venció a las seis de la tarde del 22 de agosto de 1991, pese a lo cual "... el doctor Díaz - Granados Alzamora se inscribió como candidato al Senado de la República ante los Delegados Departamentales del Registrador Nacional de Estado Civil del Magdalena el día 27 de agosto de 1991, a las 6:00 p.m. según lo demuestra el acta de inscripción No. 700, ...", por lo que su elección contrarió abiertamente el citado acto constituyente.

A lo expresado por el demandante para sustentar la petición de suspensión provisional, este agrega:

> "Aunque pareciera que la Sala fuese renuente a decretar la drástica decisión, tal vez porque estos son juicios políticos con obligadas repercusiones en parte de la opinión pública y en los medios de comunicación social, el orden jurídico quebrantado lo exige en guarda de la integridad de la supremacía de la Constitución Política. Por ello reclamamos la suspensión provisional en defensa del ordenamiento constitucional que interesa a todos los colombianos, si no queremos contribuir a la destrucción, gradual y paulatina, del Estado de Derecho".

Para resolver, se

CONSIDERA:

1o.– Como bien se ve de la lectura del párrafo anterior, el demandante afirma la posibilidad de que los integrantes de esta Sala decidan respecto de la petición de suspensión provisional que hace, motivados o influenciados por interés distinto al de una recta administración de justicia, afirmación irrespetuosa por gratuita e injustificada, y por demás inelegante.

Al respecto la Sala encuentra oportuno y apropiado transcribir a continuación acápite de la providencia proferida por esta misma Sección del Consejo de Estado el 5 de septiembre de 1990 para decidir sobre la misma materia –suspensión provisional– cuando se impugnó la validez del acto declaratorio de elección de alcalde de la ciudad de Santa Marta, proceso en el que inicialmente quien hoy demanda fue apoderado del demandado. Se pretendió entonces por distintos medios presionar el sentido de la sentencia que en dicho asunto debía pronunciarse. Expresó la Sala:

> "... Aquí no se trata de fallar en conciencia sino en derecho, con absoluta prescindencia de todo prejuicio de raza, religión, sexo, política y condición humana, y de presiones provenientes de quienes careciendo de la investidura para administrar justicia, pretenden manipularla valiéndose de consejas sobre supuestos pronunciamientos en tal o cual sentido, a manera de presión, con resultados que a no muy largo plazo terminan por desinstitucionalizar una de las ramas del poder público, cuyas decisiones suelen ser bienvenidas cuando son favorables a ciertas aspiraciones y objeto de repudio cuando así no resulta ...
>
> Las normas de procedimiento no admiten variaciones acomodaticias para complacer al juez, ni a las partes, ni a la opinión pública, y la garantía del debido proceso, que genéricamente consagra la Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 26, tiene su desarrollo precisamente en la ley procedimental ...". (Exp. 0421).

2o.– Reiterando conocida jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el instituto de la suspensión provisional, esta Sección en reciente providencia (enero 17/92 exp. 0623) dijo:

> "De manera general, la Sala debe precisar que para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, tal como lo establece la disposición reguladora, que se observe a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos, bien sea que la ostensible violación se manifieste por la simple comparación de la norma con el acto acusado o por la confrontación de los documentos públicos allegados y la disposición correspondiente.

> En cualquiera de los casos previstos en la ley es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, no sería procedente la medida en estudio. En otras palabras, el alcance de la disposición debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo".

En este caso la petición de suspensión contenida en la demanda está debidamente sustentada y a ella se acompañaron los siguientes documentos públicos; fotocopias debidamente autenticadas del acto demandado, del Decreto No. 725 de julio 26 de 1990 por el cual se nombra Director General del Hospital Central de Santa Marta al doctor José Ignacio Díaz-Granados, acta de posesión del mismo en ese cargo, Decreto No. 630 de agosto 6 de 1991 en el cual se acepta la renuncia del doctor Díaz-Granados y se encarga de la Dirección del Hospital al Jefe de la División de Atención Médica de la Secretaría de Salud doctor Omar Herazo, del acta de posesión de este último, del Decreto de la Gobernación No. 378 fechado el 22 de junio de 1990 "por el cual se crea el Hospital Central de Santa Marta como establecimiento público del orden departamental" y del acta de inscripción del precitado doctor Díaz Granados como candidato a Senador de la República por el partido liberal así como de la solicitud de inscripción del mismo.

Ciertamente, como lo pone de presente el demandante, el Artículo transitorio 2o. de la Constitución Nacional consagra una inhabilidad para candidatos a las elecciones generales del Congreso de la República convocadas para el 27 de octubre del año próximo pasado. La norma es del siguiente texto:

> "Artículo transitorio 2o.– No podrán ser candidatos en dicha elección los delegatarios de la asamblea constituyente de pleno derecho ni los actuales ministros del despacho.
>
> Tampoco podrán serlo los funcionarios de la rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991".

Ahora bien, con los documentos públicos ya citados se demuestra plenamente que el doctor José Ignacio Díaz-Granados Alzamora ocupó el cargo de Director General del Hospital Central de Santa Martha desde el 3 de agosto de 1990, cuandó se posesionó, hasta el 9 de agosto de 1991, fecha ésta en la que fue reemplazado por el doctor Omar Dario Herazo González quien asumió el cargo ese mismo día. También está probado que el Hospital Central de Santa Marta fue creado "... como establecimiento público de carácter Departamental, dotado de Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente adscritó a la Dirección Seccional de Salud del Departamento del Magdalena e integrante del Sistema de Salud",

con domicilio en la ciudad de Santa Marta y jurisdicción en todo el Departamento (artículos 1o. y 2o. Decreto de la Gobernación No. 378 de 1990).

Si a lo anterior se suma el hecho de que, como lo dispone el artículo 115 de la Constitución Nacional, "... Las gobernaciones y las alcaldías así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, forman parte de la rama ejecutiva", de la confrontación de los documentos públicos presentados y aducidos por el demandante con el texto del Artículo transitorio 2o. de la misma surge ostensible la violación de la citada norma constitucional, situación ésta que encaja en la descrita en los apartes de la providencia de esta Sala anteriormente transcritos, por lo que es procedente decretar la suspensión como lo pide el demandante, de la Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991 del Consejo Nacional Electoral, pero única y exclusivamente en sus artículos 1o. y 2o. en cuanto declaró elegido Senador de la República al doctor José Ignacio Díaz-Granados Alzamora y dispuso expedirle la credencial correspondiente.

3o.– Por lo que hace a la violación del artículo 4o. del acto constituyente No. 2 de 1991, aducida por el demandante como motivo para disponer la suspensión provisional del acto demandado, la Sala encuentra que sería necesario llevar a cabo un análisis sobre la incidencia de la irregularidad de la inscripción de candidatos sobre la validez de elección posterior de los mismos, dado que ni en los artículos 223 y 227 aparece consagrada tal irregularidad como causal de nulidad de los actos de las corporaciones electorales o como motivo para ocurrir contra ellos en demanda directa por la vía jurisdiccional. Estudio que solamente es posible hacer al momento de proferir sentencia.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.– Admitir la demanda por medio de la cual el doctor Hugo Escobar Sierra pretende la nulidad de la Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991 (art.s 1o. y 2o.), en cuanto en dicho acto el Consejo Nacional Electoral declaró elegido Senador de la República al doctor José Ignacio Díaz-Granados Alzamora y dispuso expedirle la correspondiente credencial.

2o.– Suspender los efectos del acto administrativo citado en el punto inmediatamente anterior, en cuanto se refiere a la declaratoria de elección del doctor José Ignacio Díaz-Granados Alzamora y a la expedición de la credencial de Senador para el mismo.

3o.– Notifíquese esta providencia por edicto que durará fijado cinco (5) días en la Secretaría de esta Sección y se publicará por una sola vez en dos (2) periódicos de amplia circulación nacional.

4o.– Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

5o.– Cumplido el término de la notificación fíjese en lista por tres (3) días, con la prevención de que durante este término podrá ser contestada la demanda y solicitarse pruebas. (art. 233 num. 4o. C.C.A.).

6o.– La suspensión decretada comuníquese mediante oficio a los señores Presidente de la República, del Senado y del Consejo Nacional Electoral, una vez ejecutoriada esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y AVISOS/PRESCRIPCION– Exigibilidad

En lo que respecta a la exigibilidad de los impuestos de industria y comercio y avisos, para efectos de establecer el término de la prescripción de la correspondiente acción de que trata el artículo 95 del Acuerdo 21 de 1983, se aclara que dicha exigibilidad no es relativa a la fecha de causación de los impuestos, como erróneamente lo ha interpretado el actor, sino a la de la firmeza del acto administrativo de reconocimiento o liquidación del tributo, el cual constituye el título para iniciar la ejecución. Significa lo anterior que a partir de este momento se empieza a contar el plazo de cinco años que fija la ley para que la Administración procede al cobro del crédito por la vía de la jurisdicción coactiva. Y sólo si deja transcurrir el término concedido sin reclamar su acreencia es que puede y debe hacer lugar a la prescripción de su exigibilidad.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0162. Actor: D.C. de Santafé de Bogotá Contra Pharma Investment Limited.

Se decide el recurso de apelación propuesto contra el auto calendado a 8 de octubre de 1991, por medio del cual el Juzgado Sexto Distrital de Ejecuciones Fiscales resolvió en el proceso de la referencia, "... Negar la solicitud de prescripción hecha por el Curador *Ad-Litem* de la Sociedad PHARMA INVESTMENT LIMITED ..." (fls. 139 y 139 vto.).

ANTECEDENTES

Teniendo como título ejecutivo la Resolución No. 512 de julio 7 de 1987 de la Dirección de Impuestos Distritales, por medio de la cual se liquidó de aforo el impuesto de Industria, Comercio y de Avisos a PHARMA INVESTMENT LIMITED con Nit 60.005.441 por el establecimiento de comercio ubicado en la carrera 65 B No. 13-13 de esta ciudad, por los años gravables de 1983, 1984 y 1985; la Resolución No. 919 de octubre 9 de 1987 confirmatoria de la anterior, proferida por la misma Oficina que decidió el recurso de reposición; y la resolución No. 086 del 4 de marzo de 1988 de la Junta Distrital de Hacienda, que desató el recurso de apelación interpuesto confirmándola en todas sus partes, la mencionada Oficina de Ejecuciones Fiscales en auto dictado el 24 de septiembre de 1990 (fl. 48) libró orden de pago a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá y en contra de la referida compañía por la cantidad de $2.454.604 más intereses que se causaren.

Luego de agotar el trámite previsto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil, el Despacho ejecutor designó Curador *ad litem* con quien surtió la notificación personal del auto anterior. (Fl. 133).

Contra dicho proveído el Curador interpuso recurso de reposición y solicitó además la declaratoria de la prescripción de la acción de cobro. Resuelto negativamente el recurso en cuanto a la orden de pago en auto del 6 de septiembre de 1991 (fl. 137), pero sin precisar en la parte resolutiva lo concerniente a la solicitud de prescripción, el actor en escrito que obra a folio 138 pidió de nuevo al Juzgado el respectivo pronunciamiento, lo que se hizo finalmente mediante auto de fecha 8 de octubre de 1991 negando la solicitud.

Contra esta providencia interpuso el señor Curador el recurso de apelación que sustentó en memorial visible a folios 140 a 142. Con fundamento en los artículos 95 y 96 del Acuerdo No. 21 de 1983, referentes a la Acción de cobro y prescripción, adujo que según el estado de cuenta que acompaña, "... al liquidar el tributo supuestamente adeudado por los años de 1983, 1984, y 1985 en la segunda columna 'Cuota', aparece como fecha para el año 1983-84-01-01 y 84-11-23, para el año 1984-85-01-01 y 85-11-21, y para el año de 1985-86-01-01 y 86-11-20, con lo cual quiere decir en forma expresa, que la exigiblidad se cuenta a partir de las fechas mencionada (sic) en la columna 'Cuota', es decir que para el año de 1983 la primera exigibilidad debe contarse a partir del día 1o. de enero de 1984, y las tres siguientes exigibilidades, a partir del 23 de noviembre de 1984, y así sucesivamente para los dos años siguientes 1984 y 1985". (Fl. 140).

Considera que tomando en cuenta las fechas referidas hasta cuando se notificó el auto de mandamiento de pago el 21 de agosto de 1991, transcu-

rrieron más de cinco años por lo que conforme a las normas legales citadas se originó la prescripción.

Agrega, que tratándose de impuestos de industria y comercio deben regirse por las normas locales, es decir el Acuerdo No. 21 de 1983, y no por los presupuestos del artículo 509 del C. de P.C. según el cual para que la prescripción pueda proponerse debe basarse en hechos posteriores a la respectiva providencia. Advierte acerca de la existencia de una nulidad consistente en adelantar la ejecución contra la Sociedad Pharma Investment Limited "... cuyo domicilio no existe para que a luz de los artículos 469 y 486 del Código de Comercio, se pueda reputar como persona jurídica, por cuanto su verdadero domicilio está en Toronto (Canada) ..." (Fl. 142). Finalmente, señala que dicha Sociedad no es sujeto pasivo del impuesto que se le endilga, toda vez que no ejerce actividad comercial alguna en Colombia, carece de sucursales o agencias en el país y solamente posee acciones en la sociedad Pharmetique S.A., lo cual no implica generación del tributo exigido.

Dentro del término del traslado en la segunda instancia hace hincapié en la nulidad procesal y reitera su solicitud para que se revoque la providencia apelada. (Fl. 148).

CONSIDERACIONES

Frente a la supuesta nulidad procesal planteada en esta oportunidad por el Curador de PHARMA INVESTMENT LIMITED, consistente en adelantar ejecución contra una sociedad carente de domicilio, sucursales o agencias en Colombia, la Sala pone de presente que no existen nulidades diferentes a las establecidas por el legislador de manera taxativa e interpretación restringida, y que sólo estas pueden tener la fuerza suficiente para invalidar la actuación.

Como es claro que el motivo aducido por el memorialista no está erigido en causal de nulidad según los artículos 34, 140 y 141 del Código de Procedimiento Civil, no encuentra la Corporación asidero jurídico para impartirle el trámite de ley y, por tanto, de acuerdo con la competencia que el artículo 129, numeral 3) del C.C.A. le señala, entra a resolver sobre los puntos materia de la apelación contra la providencia dictada el 8 de octubre de 1991 por el Juzgado Sexto Distrital de Ejecuciones Fiscales dentro del presente proceso por jurisdicción coactiva.

En lo que respecta a la exigibilidad de los impuestos de industria, comercio y avisos, para efectos de establecer el término de la prescripción de la correspondiente acción de que trata el artículo 95 del Acuerdo No. 21

de 1983, se aclara que dicha exigibilidad no es relativa a la fecha de causación de los impuestos, como erróneamente lo ha interpretado el actor, sino a la de la firmeza del acto administrativo de reconocimiento o liquidación del tributo, el cual constituye el título para iniciar la ejecución.

Significa lo anterior que a partir de este momento se empieza a contar el plazo de cinco años que fija la ley para que la Administración proceda al cobro del crédito por la vía de la jurisdicción coactiva. Y sólo si deja transcurrir el término concedido sin reclamar su acreencia es que puede y debe haber lugar a la prescripción de su exigibilidad.

Como acertadamente lo anota el Despacho ejecutor en la providencia apelada, la Resolución No. 512 de julio 7 de 1987, base de la presente ejecución, luego de las impugnaciones de que fue objeto quedó en firme el 24 de marzo de 1988, una vez cumplida la notificación personal y agotada la vía gubernativa. Por manera que desde esta última fecha hasta cuando se notificó el auto de mandamiento de pago al señor Curador *ad litem* el 21 de agosto de 1991 (fl. 133), no se había extinguido el plazo de cinco años prefijado para incoar la acción exigiendo el pago de los impuestos de industria, comercio y de avisos, como resultado de la liquidación de aforo practicada por la Dirección de Impuestos Distritales por los años gravables de 1983, 1984 y 1985, a cargo de PHARMA INVESTMENT LIMITED.

Afirma el libelista que por tratarse de impuestos de industria y comercio deben aplicarse las normas locales, es decir el Acuerdo No. 21 de 1983 más nó los presupuestos del artículo 509 del C. de P.C., "... cuando en su numeral segundo, menciona que la prescripción puede proponerse siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia ..." (Fl. 141). No obstante que tal argumentación no tiene mayor incidencia en el asunto debatido, se alude a ella para precisar que dichas normas no son excluyentes entre sí porque una cosa es la referida prescripción de la acción de cobro de los impuestos de industria, comercio y de avisos que consagra el Acuerdo No. 21 de 1983 en su artículo 95, y otra diferente la excepción de prescripción que el demandado en proceso ejecutivo, según el artículo 509 del C. de P.C., puede proponer como un medio de defensa contra el auto de mandamiento de pago, que para que sea efectiva debe basarse en hechos posteriores a la creación del título.

En cuanto a que PHARMA INVESTMENT LIMITED no es sujeto pasivo de los impuestos de industria y comercio, como lo asegura el actor, es asunto que no es dable discutir por esta vía. Las Resoluciones que en el presente caso integran el título ejecutivo afirman lo contrario y son el resultado de otro proceso en la etapa gubernativa, cuya decisión sólo puede controvertirse ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Pero mientras dichas Resoluciones no se suspenden o anulen, mantienen su legalidad y obligatoriedad.

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

RESUELVE

1o.– Denegar la nulidad solicitada por el Curador *ad litem* de PHARMA INVESTMENT LIMITED, consistente en adelantar una ejecución contra la compañía por carecer de domicilio, agencia o sucursal en el país, por las razones expuestas.

2o.– Confirmar el auto proferido por el Juzgado Sexto Distrital de Ejecuciones Fiscales el 8 de octubre de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrrillo, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL – Improcedencia / **INSCRIPCION** – Irregularidad

No es posible decretar la suspensión provisional cuando se invoca irregularidad de una inscripción, porque el análisis necesario para verificar la incidencia de tal irregularidad en la validez de una posterior elección no se acomoda al instituto de la suspensión provisional, dado que esta solo procede cuando *prima facie* aparece la flagrante violación de la norma que se señala como infringida, violación ostensible que debe surgir de la simple comparación de la norma con el acto acusado o mediante confrontación directa de los documentos públicos aportados con la petición de suspensión y la disposición correspondiente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0635. Actor: Efraín Alberto Varela Noriega.

Por haber sido presentada en el término de caducidad señalado en el artículo 7o. de la ley 14 de 1980 y reunir los requisitos formales de los artículos 137, 138, 139 y 142 del C.C.A., se admitirá la demanda por medio de la cual en ejercicio de la acción pública electoral el ciudadano Efraín Alberto Varela Noriega pretende la declaratoria de nulidad del "... artículo cuarto (4o.) del Acuerdo No. 11 del 23 de noviembre de 1991 ..." por medio del cual el Consejo Nacional Electoral declaró elegido Gobernador del Departamento de Arauca al ciudadano José Alfredo Colmenares Chía, para el período 1992 - 1995. También la nulidad del artículo 5o. del mismo acto

en cuanto en él se dispuso expedirle la correspondiente credencial y se ordene la cancelación de la misma.

Asimismo pide se decrete la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los artículos 4o y 5o., en lo pertinente, del acto demandado.

Aduce para ello que se contrarió lo dispuesto en el artículo 4o. transitorio del acto constituyente No. 2 de 1991 porque el acto de inscripción del candidato a Gobernador señor Luis Alfredo Colmenares Chía se llevó a cabo el 27 de agosto de 1991 cuando ya estaba más que vencido "... el plazo constitucional ..." señalado en el precitado artículo. También fueron violados los artículos 7o. del mencionado acto constituyente y 93 y 97 del Código Electoral que "... establecen la naturaleza del acto de inscripción de candidaturas".

Para resolver, se

CONSIDERA:

No es posible decretar la suspensión provisional cuando se invoca irregularidad de una inscripción, porque el análisis necesario para verificar la incidencia de tal irregularidad en la validez de una posterior elección no se acomoda al instituto de la suspensión provisional, dado que ésta sólo procede conforme a la preceptiva del artículo 152 del C.C.A., cuando *prima facie* aparece la flagrante violación de la norma que se señala como infringida, violación ostensible que debe surgir de la simple comparación de la norma con el acto acusado o mediante confrontación directa de los "documentos públicos" aportados con la petición de suspensión y la disposición correspondiente. En el caso en estudio no surge esa violación directa ostensible ni de la confrontación indirecta con los documentos incorporados al expediente.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

1o.– Admitir la demanda por medio de la cual el ciudadano Efraín Alberto Varela Noriega en ejercicio de la acción pública electoral pretende la nulidad total del artículo 4o. del Acuerdo No. 11 de noviembre 23 de 1991 del Consejo Nacional Electoral y parcial del artículo 5o. del mismo acto administrativo.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese por edicto que se fijará durante cinco (5) días en la Secretaría de esta Sección.

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) Cumplido el término de la notificación fíjese en lista por tres (3) días con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas.

2o.– Denegar la suspensión provisional de los efectos de los artículos 4o. y 5o. del acuerdo citado en el punto inmediatamente anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO / NOTIFICACION / SOCIEDAD / REPRESENTANTE LEGAL/MEDIDAS CAUTELARES–Decreto

El juicio de jurisdicción coactiva que se tramite conforme a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, principia con el mandamiento ejecutivo que deba hacérsele conocer al interesado, por medio de su representante legal, y una vez ejecutoriado el mencionado auto, sin que se haya satisfecho la obligación pretendida, el funcionario ejecutor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del citado código, solicita "toda clase de datos ..." sobre los bienes pertenecientes al deudor y procede luego a decretar las medidas cautelares pertinentes.

SOCIEDAD ENCOMANDITA/SOCIOS/RESPONSABILIDAD DE SOCIOS/ TITULO EJECUTIVO/IMPUGNACION–Término

La sociedad es una persona jurídica distinta a la de los actos individualmente considerados y que, por tanto, sus derechos y obligaciones le atañen a ella. Pero no debe olvidarse, que respecto a las operaciones sociales de las sociedades encomanditas, según los dictados del artículo 323 del Código de Comercio, la responsabilidad de los socios gestores es ilimitada, mientras que la de los socios comandatarios está circunscrita al monto de sus respectivos aportes. De tal manera que, en el caso de autos los intereses de los socios se vieron afectados por virtud de los embargos decretados por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, y tal medida se dictó pretermitiendo las normas legales, dicha providencia puso y debió ser impugnada mediante los recursos propios mas no, como se hizo alegando tardíamente una excepción contra el auto de mandamiento de pago ejecutoriado y en firma, oponible solamente dentro del plazo único de los 10 días siguientes al de la notificación al demandado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C. enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0160. Actor: D.C. de Santafé de Bogotá contra Puntos de Fábrica Lec Lee Caicedos y Cía. S. en C..

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por la apoderada de los socios de la compañía PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA. S. EN C., contra el auto de fecha diciembre 4 de 1991, en cuanto rechazó por extemporánea "... la excepción de nulidad por falta de notificación del mandamiento ejecutivo a los socios de la compañía ejecutada". (fls. 249 a 252).

Aduce la recurrente que en virtud de considerar legalmente surtida la notificación del auto de mandamiento de pago librado a la sociedad PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA. S. EN C. mediante curador *ad litem*, ante el hecho probado de que la citada compañía no compareció al proceso, se rechazó por extemporánea la excepción propuesta por la parte ejecutada.

Señala que en realidad en la excepción planteada lo que se dijo es que los socios como personas naturales independientes de la sociedad ejecutada, que gozan del derecho a ser considerados una personalidad jurídica distinta, son terceros que no fueron notificados. Y argumenta que en el auto suplicado se perdió de vista que a dichos socios se les vinculó al proceso "... tan solo cuando se ordenó el embargo de las acciones que poseen en otra sociedad diferente a la ejecutada que es la industrial LUIS EDUARDO CAICEDO Y CIA (LEC) S. EN C., NIT 860.023.369-1 cuando la ejecutada es la sociedad comercializadora PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA. S. EN C. NIT. 860.061.348. La solidaridad se vino a esclarecer mediante la providencia de 23 de septiembre de 1991 que obra a folio 231". (fl. 254).

El recurrente considera inexacto el postulado de la providencia impugnada "... que sostiene que la notificación del mandamiento de pago a la sociedad, hace suponer la notificación también a los socios, hace transcurrir los términos que éstos últimos tiene en su favor para hacer respetar la autonomía de sus propios patrimonios ..." (fl. 255). Agrega, que no puede la Administración Distrital por decisión propia, para efectos del cobro de impuestos de industria y comercio, extender la responsabilidad a los socios y menos omitir notificarlos, por lo que insiste en que se tenga en cuenta la expeción propuesta.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

De conformidad con los documentos que obran en el expediente está claramente establecido que la actuación que dio inicio al presente proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva fue el auto de 17 de diciembre de 1990, proferido por el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales, mediante el cual libró orden de pago en contra de PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA. S. EN C., con fundamento en la comisión recibida de la Tesorería de Bogotá para cobrar los impuestos de industria y comercio adeudados en cuantía de $47.412.534 más intereses. (fl. 24).

También se halla acreditado que siendo la demandada la sociedad PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA S. EN C. de acuerdo con los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá, expedidos el 31 de enero de 1990 (fls. 16 a 19) y el 11 de abril de 1991 (fls. 102 a 105), su representante legal era el socio gestor Elberto Caicedo Parrado, quien tenía facultades para "... celebrar y ejecutar libremente sin limitaciones o restricciones de ninguna especie, todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen con la existencia o funcionamiento de la sociedad ...".

Asimismo aparece demostrado que no habiendo acudido el representante legal de la sociedad ejecutada a notificarse del mandamiento de pago a pesar de las citaciones que en tal sentido fueron enviadas (fls. 25 a 27), el correspondiente Juzgado designó curador *ad litem* a quien notificó personalmente el referido Auto el 1o. de marzo de 1991, (fl. 31), comenzando a correr desde el día siguiente hábil de la fecha que se acaba de indicar el plazo de 10 días previsto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil para proponer excepciones.

De lo anterior se infiere que una vez notificado dicho auto en legal forma, como no se impugnó a través de los recursos propios, ni contra él fue propuesta en oportunidad excepción alguna, alcanzó ejecutoriedad.

Sin embargo, la libelista insiste en la excepción propuesta con el argumento de que los socios siendo terceros, como se les "vinculó" al proceso cuando se ordenó el embargo de las acciones y capital social de la Sociedad, han debido ser notificados del auto de mandamiento de pago y así, en esta forma, ejercer su defensa. Pero hay que observar con respecto a esta alegación, que el juicio por jurisdicción coactiva que se tramita conforme a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, principia con el mandamiento ejecutivo que debe hacérsele conocer al interesado, que en el caso de autos es la sociedad PUNTOS DE FABRICA LEC LEE CAICEDOS Y CIA. S. EN C., por medio de su representante legal, y una vez ejecutoriado

el mencionado auto, sin que se haya satisfecho la obligación pretendida, el funcionario ejecutor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del citado Código, solicita "... toda clase de datos ..." sobre los bienes pertenecientes al deudor y procede luego a decretar las medidas cautelares pertinentes.

Es bien sabido de todos que la sociedad es una persona jurídica distinta de las de los socios individualmente considerados y que, por tanto, sus derechos y obligaciones le atañen a ella. Pero no debe olvidarse, que respecto a las operaciones sociales de las sociedades en comandita, –la ejecutada lo es,– según los dictados del artículo 323 del Código de Comercio, la responsabilidad de los socios gestores es ilimitada, mientras que la de los socios comanditarios está circunscrita al monto de sus respectivos aportes. De tal manera que, si como lo afirma la actora, en el caso de autos los intereses de los socios se vieron afectados por virtud de los embargos decretados por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales en providencia del 3 de septiembre de 1991 (fls. 200 y 201), y tal medida se dictó pretermitiendo las normas legales, dicha providencia pudo y debió ser impugnada mediante los recursos propios más nó, como se hizo, alegando tardíamente una excepción contra el auto de mandamiento de pago ejecutoriado y en firme, oponible solamente dentro del plazo único de los 10 días siguientes al de la notificación al demandado.

Por lo dicho, no encuentra la Sala razón alguna para revocar el auto suplicado que rechazó por extemporánea la excepción propuesta y, en consecuencia, habrá de confirmarlo.

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

RESUELVE

Confirmar el auto proferido en Sala Unitaria el 4 de diciembre de 1991.

Vuelva el expediente al Consejero Ponente para que disponga el trámite adecuado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SENTENCIA—Aclaración

La aclaración en ningún evento puede alterar la decisión contenida en la sentencia. Sólo si la parte resolutiva o los motivos que tengan directa relación con ella generan confusión o dan lugar a distintas interpretaciones, es que puede el juzgador aclarar su providencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Santafé de Bogotá, D.C., enero treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0138. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano contra Soproin Ltda. – Seguros Generales Aurora S.A.

El apoderado de SOPROIN LTDA. en la oportunidad que señala el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil pide aclaración de la sentencia de diciembre 12 de 1991, proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo al decidir el recurso de apelación instaurado contra la providencia de primera instancia dictada por la División II de Ejecuciones Fiscales el 14 de mayo de 1987.

Solicita se aclare si "... Soproin Ltda. no puede ejercer su derecho de defensa, si no se le tramitarán y fallarán los incidentes que propuso y si los incisos 2, 3 y 4 del artículo 142, no le son aplicables a Soproin Ltda. por alguna razón que sinceramente desconozco".

Pide que se le indique "... cuándo fue notificado el mandamiento de pago para Soproin Ltda. o cuándo se le emplazó y nombró curador; cuándo

intervino Soproin Ltda. en el proceso; cuándo le fallaron un incidente de nulidad o unas excepciones; cuándo se resolvió el incidente de nulidad que tiene como fundamento el hecho de no haberse notificado el mandamiento de pago a mi mandante y hasta cuándo es válido proponer un incidente de nulidad con base en estos mismos hechos". (fl. 200).

También solicita a esta Corporación que se manifieste sobre la aplicación del artículo 825 del Co. de Comercio a efectos de establecer la solidaridad entre la compañía Aseguradora y su mandante.

FUNDAMENTOS DE LA PETICION

Se contraen a afirmar que en ninguna de las instancias del proceso se dio trámite al incidente de nulidad que propuso por falta de notificación del mandamiento de pago a su representada, y que en la providencia que resolvió sobre el mismo incidente promovido por Seguros Generales Aurora S.A., el Consejo de Estado dijo que a esta Compañía no le correspondía proponer dicha nulidad, "... en clarísima alusión a que era Soproin Ltda. y que la nulidad sí estaba probada dentro del proceso en la medida en que ni se había notificado el mandamiento de pago ni se había nombrado curador a mi mandante". (fl. 199).

Anota que en los procesos ejecutivos la nulidad propuesta puede alegarse antes de su culminación por pago total a los acreedores y, en consecuencia, estima más que oportuno el incidente planteado.

SE CONSIDERA:

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció, contempla la posibilidad de que dentro del término de la ejecutoria de la misma puedan 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 influyen en ella".

Lo anterior fija los límites de la aclaración, la cual en ningún evento puede alterar la decisión contenida en la sentencia. Sólo si la parte resolutiva o los motivos que tengan directa relación con ella generan confusión o dan lugar a distintas interpretaciones, es que puede el juzgador aclarar su providencia.

En el presente caso el memorialista expone sus propios conceptos en torno a una situación jurídica, y so pretexto de que la sentencia no es clara pretende un pronunciamiento de la Corporación. Luego de examinar los argumentos, es evidente que los motivos de duda propuestos no están conte-

nidos en la parte resolutiva de la sentencia ni influyen en ella, por lo que no es viable la petición del actor.

No existiendo en la providencia cuya aclaración se pide frase o concepto alguno que sea motivo de duda, no procede su aclaración.

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

RESUELVE

No aclarar la sentencia proferida en este proceso el 12 de diciembre de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Miren De La Lombana de Magyaroff, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO–Firmeza

Conforme al artículo 62 del C.C.A., los actos administrativos alcanzan firmeza cuando contra ellos no proceda ningún recurso; cuando los recursos que se interpongan, se hallen resueltos; cuando éstos no se interpongan o se renuncie expresamente a ellos; cuando haya lugar a la perención del proceso o se acepten los desistimientos de las partes. Los actos administrativos que quedan en firme son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda adelantar la respectiva ejecución en contra del interesado y, como conservan su carácter ejecutivo y ejecutorio, son de obligatorio cumplimiento. En este caso, la Compañía de Seguros del Estado S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 00416 de 21 de abril de 1986, el cual fue resuelto en forma negativa por la Resolución 00775 de junio de 1988, agotándose así la vía gubernativa y quedando en firme el acto administrativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C. treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0115. Actor: La Nación C/Seguros del Estado S.A. Excepción de Mérito.

De conformidad con lo previsto en el auto fechado el 12 de diciembre de 1991, ha vuelto al Despacho, para resolver las excepciones de mérito, el proceso de la referencia, incidente propuesto oportunamente por el apoderado de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., contra el auto de mandamiento de pago de 27 de abril de 1990, proferido por el Director Nacional del Fondo Nacional del Ahorro.

ANTECEDENTES:

El día 21 de abril de 1986, Seguros del Estado S.A. expidió una póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales, donde el tomador era Luis E. Mc. Cormick Anzola y el Asegurado era el Fondo Nacional del Ahorro. Esta póliza de número EO-90962 tenía por objeto "Garantizar la estabilidad de la obra, conjunto Residencial Urbanización Cedritos, de la ciudad de Bogotá, proyecto específico de 40 viviendas del Fondo Nacional del Ahorro" y el valor asegurado era de $5'200.000.oo (fl. 74).

El día 28 de mayo de 1986 se expidió el certificado de modificación No. EO-90962, el cual aclaró que en ésta se presentó un error en la liquidación corrigiéndolo. Los demás términos y condiciones de la póliza continuaron sin modificación (fl. 75).

El día 5 de junio de 1986 se suscribió otro certificado de modificación (No. 79062) sobre la misma póliza, aclarando el objeto de la misma: "Garantizar la estabilidad de la Obra Conjunto Residencial Urbanización Cedritos de la ciudad de Bogotá, Proayecto específico de 36 viviendas del Fondo Nacional del Ahorro". Los demás términos de la póliza continuaban iguales (fl. 76).

Por último, la compañía seguradora expidió un certificado de devolución, de número 30967, donde especifica que el certificado forma parte de la póliza inicial, y donde se hace constar que se rebaja el valor asegurado de la misma suma de $4'680.000.oo, por lo tanto, se devuelve la suma de $6.279.oo, por concepto de la prima de impoventas (fl. 77).

Mediante Resolución No. 00416, el Fondo Nacional del Ahorro resuelve declarar realizado el riesgo que ampara la póliza No. EO-90962 expedida por la Compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A. el día 21 de abril de 1986, en la ciudad de Bogotá. Dicha Resolución fue notificada al representante legal de la Compañía Seguros del Estado S.A., el cual el día 15 de abril de 1988 interpuso recurso de reposición, que fue resuelto de forma desfavorable por el Fondo, mediante la Resolución No. 00775, fechada el 2 de junio de 1988 (fls. 82 a 93).

El día 2 de abril de 1990, mediante Resolución No. 543, el Fondo Nacional del Ahorro libró mandamiento de pago por jurisdicción coactiva a favor de esta entidad y a cargo de la Compañía Seguros del Estado S.A., por la suma de $4'680.000.oo, más los interses moratorios que se causen a partir de la exigibilidad de la obligación hasta cuando se efectúe el pago total de ésta (fls. 69 y ss.).

En memorial fechado el 16 de mayo de 1990, la apoderada de Seguros del Estado S.A. presentó escrito de excepciones, proponiendo las siguientes:

1. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION

2. FALTA DE LITIS CONSORCIO NECESARIO

Esta última por ser previa, fue resuelta mediante auto fechado el 12 de diciembre de 1991, por esta Corporación.

En este orden de ideas, la Sala procede a estudiar la excepción de fondo: Sostiene el excepcionante que el Fondo Nacional del Ahorro, en los actos administrativos expedidos, no cuantificó los valores de las reparaciones por las fallas y los deterioros que ocurrieron. El Fondo Nacional del Ahorro requirió a la Compañía Aseguradora, mediante Oficio No. 49473 de julio 19 de 1988, para el pago de la suma de $4'878.239.20 con base en un informe realizado por la firma Jorge Alvaro Sánchez B. y Cía. Ltda., en el cual no participó, ni fue citado para ello Seguros del Estado S.A., razón por la cual no podía ser oponible o tener calidad de plena prueba. La Compañía, por su parte, contrató los servicios de la firma Jorge Restrepo y Asociados para que analizara el informe presentado por la otra firma, haciéndole saber la decisión al Jefe del Departamento de la Oficina Jurídica del Fondo. Restrepo y Asociados rindieron su informe técnico, el cual fue enviado al apoderado del Fondo, sin que éste se hubiera manifestado de alguna manera.

Así las cosas, considera la apoderada, la entidad asegurada no cumplió con la carga que a ella le corresponde, cual es la de probar la cuantificación de los perjuicios, por lo tanto, no es exigible a Seguros del Estado S.A. pago alguno.

El 19 de septiembre de 1990, el Fondo Nacional del Ahorro devuelve al Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales los expedientes para proseguir con el trámite de éstos.

La División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales avocó el conocimiento del negocio, por auto de 5 de agosto de 1991 (fl. 113) y mediante providencia de 14 de agosto de 1991 ordenó el envío de las diligencias a esta Corporación para que se decidieran las excepciones propuestas.

Surtido el trámite legal, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION

En numerosas ocasiones la Sala ha señalado que conforme al artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos alcanzan firmeza cuando contra ellos no proceda ningún recurso; cuando los recursos que se interpongan, se hallen resueltos; cuando éstos no se interpon-

gan o se renuncie expresamente a ellos; cuando haya lugar a la perención del proceso o se acepten los desistimientos de las partes.

Ahora bien, los actos administrativos que quedan en firme son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda adelantar la respectiva ejecución en contra del interesado y, como conservan su carácter ejecutivo y ejecutorio, son de obligatorio cumplimiento.

En este caso, la Compañía Seguros del Estado S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 00416 del 21 de abril de 1986, el cual fue resuelto en forma negativa por la Resolución No. 00775 de junio de 1988, agotándose así la vía gubernativa y quedando en firme el acto administrativo.

Por su parte el art. 68 del C.C.A. reza:

"Definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

. . . . . .

"5o. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación".

En el caso en estudio, la Resolución que constituye el título del mandamiento ejecutivo alcanzó la firmeza, por cuanto como se dijo anteriormente, se resolvió el recurso autorizado por la ley en la vía gubernativa.

Además, esta Resolución no ha perdido fuerza ejecutoria, toda vez que no se ha presentado alguno de los eventos previstos en el artículo 66 del C.C.A.

Ahora bien, el acto administrativo contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, en cuanto es transparente en la determinación del acreedor y del deudor y en la especificación de la suma a pagar.

De otra parte, el art. 561, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, expresa claramente que en los procesos de ejecución 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. Se observa que los argumentos esgrimidos por el excepcionante ya fueron planteados por el mismo y resueltos en la vía gubernativa, según se deduce del texto de

las páginas 1, 2 y 3 de la Resolución No. 00775 de 1988, que obra a folios 84, 85 y 86, por lo que no es procedente su debate en este tipo de procesos.

Por lo anterior, la excepción debe declararse como no probada.

En consecuencia, 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:

Declárase no probada la excepción propuesta.

Continúe la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

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

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL/PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA–Improcedencia/PRINCIPIO DE CELERIDAD

El trámite de la segunda instancia está regulado en el artículo 251 del C.C.A. para el caso de los procesos incoados por el ejercicio de la acción pública electoral. Es evidente que en esta etapa procesal no hay término probatorio, el proceso electoral se tramita dentro de unos términos breves comparados con los del procedimiento ordinario, porque el Legislador buscó la celeridad en la tramitación de esta clase de procesos con el fin de dirimir oportunamente las dudas sobre la validez de los actos de elección; pues del resultado del ejercicio del sufragio depende en buena proporción el buen funcionamiento del sistema democrático del Gobierno.

CONCEJO MUNICIPAL/REGLAMENTO INTERNO–Vigencia/DEROGATORIA TACITA

A partir de la vigencia del Decreto 1333 de 1986 los reglamentos internos de los Concejos municipales expedidos con anterioridad perdieron su vigencia. Y no pueden aducirse eficazmente para impugnar la validez de los actos administrativos "... en cuya formación hubiere incurrido el Cabildo en desconocimiento de alguna de sus normas, por lo que atañe a la convocatoria o a las reuniones ...". Y es que la preceptiva que sobre la misma materia contenía el Decreto 49 de 1932 quedó sin vigencia al no ser incluida –codificada– en el Decreto 1333 de 1986, porque las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la Ley 11 del mismo año se referían a la codificación de "... las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal ..." y sabido es que en casos de codificación las normas no incluidas desaparecen por derogatoria tácita.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0590. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima el 7 de octubre de 1991, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener la declaratoria de nulidad del acto de elección del Contralor de la ciudad de Honda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA.

Sostiene el demandante que en sesión informal del Concejo Municipal de Honda, celebrada el día 3 de noviembre de 1990, "... se pretendió señalar fecha para la elección de Contralor Municipal para el período del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1991, señalamiento que finalmente no se realizó". Sin embargo, durante la sesión celebrada el 6 de noviembre "... intempestivamente se varió el orden del día y se procedió a elegir ... al doctor Luis Fernando Luna". De la ilegalidad de la elección dejó constancia el Concejal Rafael Orlando Zambrano, consistente en falta de previo señalamiento de la fecha para la elección.

El actor estima violados los artículos 2o. del Decreto 49 de 1932 y 72 del Acuerdo No. 013 de septiembre 9 de 1971, vigente para la fecha de la elección por aplicación de los artículos 192 de la Constitución Nacional de 1886 y 66 del C.C.A.. También porque no fue derogado por el Decreto 1333 de 1986.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Por conducto de apoderado el Contralor Municipal cuyo acto de elección se demanda, señor Gabriel Humberto Luna, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que carecen de fundamento legal pues a su juicio el artículo 2o. del Decreto 49 de 1932 fue derogado por el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986. De otra parte, propuso la "excepción de caducidad" porque transcurrió el término señalado en el artículo 7o. de la ley 14 de 1988 antes de la presentación de la demanda y de su corrección.

LA SENTENCIA APELADA.

El H. Tribunal Administrativo del Tolima declaró no probada la excepción de caducidad y denegó las pretensiones de la demanda.

Respecto de la excepción de caducidad encontró que habiéndose realizado la elección el 6 de noviembre de 1990 el término de caducidad venció el 5 de diciembre, cuando fue presentada la demanda, independientemente de la fecha de presentación del escrito de corrección de la misma y sobre la base de tratarse de días hábiles, por así disponerlo el artículo 62 de la ley 4a. de 1913

Para decidir sobre el fondo del asunto, el *a-quo* entendió que el artículo 2o. del Decreto 49 de 1932 quedó derogado al no estar incluido en la codificación que hizo el Decreto 1333 de 1986. También consideró no vigente el Acuerdo No. 013 del 9 de septiembre de 1971, contentivo del reglamento interno del Concejo Municipal de Honda, pues así debe entenderse de la preceptiva del artículo 72 del citado Decreto 1333, que ordenó a los cabildos municipales expedir nuevos reglamentos internos para su funcionamiento a partir de su vigencia. Pero, aún si estuviese vigente el mencionado Acuerdo, según las actas de las sesiones del Concejo, en la correspondiente a la sesión del 1o. de noviembre, consta que fue presentada una proposición, debidamente aprobada, para que se señale la fecha del sábado 3 de noviembre para elegir Contralor, proposición que fue aprobada "... por Unanimidad". Y en el acta No. 014, correspondiente a la sesión del 3 de noviembre, se dispuso convocar a sesión el día 6 para llevar a cabo la elección.

Respecto de la prueba pedida por el demandante para demostrar que hubo una agregación al acta del 3 de noviembre y con posterioridad a su elaboración y firma, el *a-quo* dio por no probado el hecho debido a falta de interés del demandante.

EL RECURSO DE APELACION.

Luego de criticar "... la pasividad ..." del *a-quo* para obtener del Concejo Municipal algunos documentos, con menoscabo de la administración de justicia, al no ejercer las correspondientes atribuciones correccionales y disciplinarias, el recurrente insiste en la violación del artículo 2o. del Decreto 49 de 1932, que a su juicio está vigente como lo reconoce el doctor Oscar Peña Alzate al incluirlo en el apéndice de "LEYES ADMINISTRATIVAS USUALES" de su compilación del C.C.A.. En cuanto a la prueba pericial, para demostrar con perito grafólogo agregaciones al acta de la sesión del Concejo celebrada el 3 de noviembre, no se practicó porque a pesar de haberse decretado se condicionó a gastos que el *a-quo* no señaló. De ahí que el recurso de reposición que interpuso el 21 de agosto contra el auto que ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, tenga plena vigencia.

Insiste en que el *a-quo* no tiene razón al suponer que el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986 derogó los reglamentos internos de los concejos municipales cuando ordenó a éstos expedir los nuevos, por lo que el Acuerdo No. 13 del 9 de septiembre de 1971 está vigente conforme a la preceptiva de los artículos 192 de la Constitución Nacional vigente al momento de la elección del Contralor y 66 del C.C.A.. Si el Concejo Municipal de Honda, agrega, no ha ejercitado la atribución señalada en el tantas veces citado artículo 72, su reglamento interno continúa vigente.

Por último, pide la práctica de las pruebas denegadas por el Tribunal, especialmente la prueba "... grafológica planteada en el folio 8o. de la corrección y reforma de la demanda".

EL MINISTERIO PUBLICO.

La Fiscal 8a. del Consejo de Estado solicita la confirmación de la sentencia apelada por encontrarse ajustada a derecho. Encuentra la colaboradora Fiscal que los reglamentos internos de los concejos municipales quedaron sin vigencia a partir de la expedición del decreto 1333 de 1986 y cita como jurisprudencia lo expresado por esta Sección en sentencias pronunciadas el 15 de julio de 1988 en el expediente E-112 y el 12 de julio de 1990 en el expediente 0364. A partir de la vigencia del Decreto 1333 de 1986 los concejos municipales están obligados a expedir reglamentos de funcionamiento interno. Consecuencia de lo anterior es que el actor no tiene razón cuando afirma que el artículo 2o. del Decreto 49 de 1932 está vigente.

Además, de acuerdo con los actos de las sesiones del Concejo Municipal de Honda, traidas a los autos, la actuación cumplida por el Cabildo para elegir Contralor se ajusta a la preceptiva del mencionado artículo 72 del acuerdo No. 013 de septiembre 9 de 1971.

Siendo competente esta Sección del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación propuesto y no observándose motivo que de lugar a invalidar la actuación, se procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

a) Respecto de la excepción de caducidad la Sala está de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia recurrida; en efecto, la elección del señor Gabriel Humberto Luna Delgadillo como Contralor Municipal de Honda tuvo lugar durante la sesión celebrada por el Concejo Municipal de dicha ciudad el 6 de noviembre de 1990, como se evidencia de la lectura del acta No. 015 que en reproducción mecánica obra a los folios 33 a 36 de este expediente. En ella consta que llevada a cabo la votación obtuvo 7 votos y que puesta a consideración "... es ratificada por el Concejo en pleno o Unanimidad que-

dando así legalmente elegido ... como nuevo Contralor Municipal de Honda período del primero (1o.) de enero de 1991 a 31 de diciembre de 1992".

Como el acto de elección tuvo lugar en la sesión del día 6 de noviembre de 1990, fue notificado en estrados, es decir, el mismo día; descontados los días inhábiles, el término de caducidad señalado en el artículo 7o. de la Ley 14 de 1988 venció el 5 de diciembre, día en que fue presentada la demanda como consta al folio 8 del cuaderno No. 1 del expediente.

b) Por lo que hace a la legalidad de la elección de Contralor Municipal, la Sala comparte la decisión adoptada por el *a-quo*, pues, como bien lo pone de presente la distinguida colaboradora Fiscal en su concepto de fondo y lo ha reiterado el Consejo de Estado, a partir de la vigencia del Decreto Ley 1333 de 1986 los reglamentos internos de los concejos municipales expedidos con anterioridad perdieron su vigencia. Y no pueden aducirse eficazmente para impugnar la validez de los actos administrativos "... en cuya formación hubiere incurrido el Cabildo en desconocimiento de alguna de sus normas, por lo que atañe a la convocatoria o a las reuniones ...", como se dijo en la sentencia del 15 de julio de 1988 mencionada en el concepto fiscal. Y es que la preceptiva que sobre la misma materia contenía el Decreto 49 de 1932 quedó sin vigencia al no ser incluida –codificada– en el Decreto 1333 de 1986, porque las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la Ley 11 del mismo año se referían a la codificación de "... las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal ...". Y sabido es que en casos de codificación las normas no incluidas desaparecen por derogatoria tácita.

Y si el artículo 72 del Acuerdo No. 13 de 1971 hubiese estado vigente para la fecha de la elección del señor Luna Delgadillo como Contralor, no se hubiera producido su violación porque conforme al contenido de las actas Nos. 013, 014 y 015 (fls. 24 a 37), sí hubo señalamiento de fecha y hora con 3 días de anticipación y el nombramiento se hizo con el voto de las 2/3 partes del quorum de los ediles presentes.

Al sustentar el recurso de apelación que hoy decide la Sala, el demandante manifiesta estar pendiente el recurso de reposición que invocó contra el auto del 4 de agosto de 1991, que ordenó correr traslado a las partes para formular los alegatos de conclusión. Nada tiene que resolver al respecto el *ad-quem* porque dicho recurso fue decidido mediante auto de agosto 30 de 1991 que se encuentra en firme, no siendo posible procesalmente reabrir debate alguno sobre tal decisión. Y si fue decidido mal podría afirmarse que se privó de un derecho procesal al recurrente.

Por lo que hace a las pruebas que al folio 134 pide el recurrente se practiquen en la segunda instancia, cabe aquí repetir lo que en numerosas

oportunidades ha dicho esta Sala, así: el trámite de la segunda instancia está regulado en el artículo 251 del C.C.A. para el caso de los procesos incoados por el ejercicio de la acción pública electoral. De su texto es evidente que en esta etapa procesal no hay término probatorio, no siendo por consiguiente aplicable al caso el artículo 214 del C.C.A.. El proceso electoral se tramita dentro de unos términos breves comparados con los del procedimiento ordinario, porque el Legislador buscó la celeridad en la tramitación de esta clase de procesos con el fin de dirimir oportunamente las dudas sobre la validez de los actos de elección, pues del resultado del ejercicio del sufragio depende en buena proporción el buen funcionamiento del sistema democrático de Gobierno. En consecuencia, no es posible practicar las pruebas que pide el recurrente, ni siquiera la "... peritación grafológica ...", pedida en el escrito de corrección de la demanda, decretada por el *a-quo* en auto del 19 de junio de 1991 y no practicada por causas ajenas a su voluntad.

De otra parte, contrariamente a lo que manifiesta el apelante, sí se dió cumplimiento a los artículos 39 del C. de P.C. y 114 del C.C.A. cuando mediante auto del 18 de enero de 1991 (fl. 13) se ordenó oficiar nuevamente a la Presidencia del Concejo y pedir a ésta explicaciones "... sobre los motivos por los cuales no dio cumplimiento a lo dispuesto por el Magistrado conductor de este proceso".

Además, en la demanda se equivocó el nombre de la persona cuya elección se demandaba, y aunque se busó corregir la equivocación (fl. 9) el error produjo sus efectos pues el nombre equivocado se consignó en los oficios con los cuales se pedía la información a la Presidencia del Concejo.

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

FALLA

1. Confírmase en su integridad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 7 de octubre de 1991, por medio de la cual declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

2. En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Miren De La Lombana de Magyaroff, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO–Exigibilidad/**EXCEPCIONES/PRESCRIPCION**

El término de prescripción extintiva de la acción referida en este caso no se cuenta desde el vencimiento de las primeras cuotas como afirma el demandado, sino a partir del momento en que queda en firme el acto administrativo sobre cuya base se libró la ejecución, ejecutoria que ocurrió el 7 de diciembre de 1990. Es entonces a partir de esta fecha en que se hizo exigible la obligación y empezó a correr el término de prescripción y como se puede observar, el tiempo transcurrido no va más allá de un (1) año, dos (2) meses y unos pocos días a la fecha de esta providencia, siendo cinco (5) años el tiempo necesario para que se opere tal fenómeno.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0137. Jurisdicción Coactiva. Actor: Distrito Especial de Bogotá. Demandado: Transformadores Hokaya Ltda. Asunto: Incidente de Excepciones de mérito.

El Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales, en auto fechado el nueve (9) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), visible a folios 15 fte, libró mandamiento ejecutivo de pago en favor del "Distrito Especial de Bogotá" y en contra de la Compañía TRANSFORMADORES HOKAYA LTDA., con número de identificación tributaria 860041809 por la suma de seis millones doscientos sesenta y nueve mil sesenta y nueve pesos ($6'269.069,oo), como capital, más los intereses y las costas causados hasta el momento del pago total de la obligación.

La anterior orden de pago la dio el Juzgado de Ejecuciones Fiscales con base en la Resolución número 001550 del 26 de octubre de 1990, expedida por la Tesorería del Distrito, mediante la cual se reconoce y ordena el pago del precitado valor por la no cancelación oportuna del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos por los años gravables 1979 a 1980 y 1984 a 1988.

Por conducto de apoderado la Sociedad ejecutada en diligencia fechada el 29 de julio de 1991, visible a folio 57, recibió notificación personal del auto de mandamiento de pago, habiendo propuesto en término legal a través del mismo Procurador Judicial, incidente de excepciones de mérito, visible a fls. 58 y ss.

En efecto formuló las siguientes excepciones:

1o.– Pago

2o.– Prescripción de la acción para exigir el pago de los años gravables 1979 a 1980 y 1984 a 1985, y

3o.– Ilegalidad del título ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Para la primera excepción que aduce con anterioridad a la "elaboración del título ejecutivo", la sociedad efectuó pagos así: según recibo No. 197667 del 30 de junio de 1983 se cancelaron los años 1979 a 1982, incluyendo diferencias del año 1979 por valor de cinco mil seiscientos setenta y seis pesos moneda corriente ($5.676.oo), para un total de doscientos tres mil setecientos noventa pesos moneda corriente ($203.790.oo) y posteriormente se hicieron pagos por valor de cien mil pesos moneda corriente ($100.000.oo) según recibo No. 154475 del 2 de octubre de 1985; por un valor de ciento veinte mil pesos moneda corriente ($120.000.oo), según recibo No. 268471 del 12 de marzo de 1987 y por la cantidad de ciento veinte mil pesos ($120.000.oo) de acuerdo al recibo No. 277691 del 27 de marzo de 1987.

Siguiendo el orden de las excepciones manifiesta en relación con la segunda, que de acuerdo a los artículos 94, 95 y 96 del Acuerdo 21 de 1983 el pago del tributo prescribe en cinco (5) años contados a partir de su exigibilidad y que los títulos que prestan mérito ejecutivo para el cobro del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos son las declaraciones privadas presentadas en los respectivos años ante la Dirección Distrital de Impuestos, argumento del cual deduce que para el año gravable de 1979 la obligación se hizo exigible con el vencimiento de la primera cuota establecida en la Resolución que para el efecto profiere el Secretario de Hacienda cada año, de acuerdo a los artículos 35 y 83 del citado acuerdo. Igual argumento invoca

para los años gravables 1980, 1984 y 1985, debido a que según estima, transcurrieron más de cinco (5) años, para cada año, sin que la Administración hiciera exigible la obligación y sin que se interrumpiera ni suspendiera el término de prescripción, dado que el mandamiento de pago fue notificado el 29 de julio de 1991.

Y respecto a la tercera excepción precisa, que existiendo el acto administrativo con mérito ejecutivo como son las liquidaciones privadas presentadas por la sociedad ejecutada (art. 68 numeral 3 C.C.A.), la Administración no puede crear títulos a su antojo con el fin de habilitar términos ilegalmente para que no opere la prescripción establecida en los artículos 94, 95 y 96 del Acuerdo 21 de 1983.

Agrega que en la suma cobrada por capital o sea seis millones doscientos sesenta y nueve mil sesenta y nueve pesos ($6'269.069.oo), están incluidos los intereses por mora, habiéndose ordenado pagarlos nuevamente en el auto de mandamiento de pago, lo que constituye un cobro de intereses sobre intereses, contraviniendo el artículo 2235 del C.C., por lo que concluye afirmando que el título ejecutivo es ilegal y está viciado de nulidad, faltándole además claridad, presupuesto sin el cual no presta mérito ejecutivo.

PRUEBAS

Se allegaron al expediente por el excepcionante copias auténticas de las declaraciones de Industria y Comercio presentadas por TRANSFORMADORES HOKAYA LTDA., Nit. No. 860.048.109, por los años gravables 1979, 1980 y 1985 y de las certificaciones de pago hechas por la misma sociedad, por los valores de doscientos tres mil setecientos noventa pesos ($203.790.oo) según recibo No. 197667 del 30 de junio de 1983; ciento veinte mil pesos ($120.000.oo) según recibo No. 268471 del 12 de marzo de 1987; cien mil pesos ($100.000.oo) según recibo No. 154475 del 2 de octubre de 1985, y ciento veinte mil pesos ($120.000.oo) según recibo No. 277691 del 27 de mayo de 1987.

Durante el término de traslado las partes no alegaron.

CONSIDERACIONES:

En el mismo orden en que fueron formuladas, decide la Sala las excepciones propuestas por la sociedad ejecutada.

LA DE PAGO.

Se hace consistir en el hecho de que la parte demandada, con anterioridad a la elaboración del título que sirve de recaudo ejecutivo, canceló los impuestos de Industria, Comercio y Avisos por los años de 1979 a 1982,

1983 y 1984, en las fechas y por los valores que constan en los documentos a que se refiere el escrito de excepciones y que oportunamente fueron allegados como prueba.

Al examinar el estado de cuenta de fecha 2 de octubre de 1990 presentado por la Tesorería Distrital en relación con tales impuestos, visible al folio 9 fte, se observa que en el mencionado documento no aparecen relacionados como deuda, en favor del ente administrativo citado y a cargo de la sociedad ejecutada, los impuestos y valores a que se refiere el escrito de excepciones, pues las deudas vigentes allí consignadas que son en total treinta y tres (33), ninguna corresponde a esos conceptos; además están debidamente discriminados por años, tipos de deuda, valor, etc., todo por un total de seis millones doscientos sesenta y nueve mil sesenta y nueve pesos ($6.269.069.oo), suma que es la misma reconocida y hecha exigible a través de la Resolución No. 001550 del 26 de octubre de 1990, a la cual dicho estado de cuenta le sirve de fundamento.

Significa lo anterior, que al no estar registrados en la memoria descriptiva de deudas los expresados conceptos y valores objeto de excepción, es porque estos últimos, fueron oportunamente descargados y aplicados a los rubros correspondientes, aserto que se confirma al citarse en la misma memoria el último recibo de pago hecho por el excepcionante que corresponde al recibo No. 0277691 del 27 de marzo de 1987, señalado en el escrito, pero sin que aparezca allí como deuda sino como información de pago. Por tanto esta excepción se declarará no probada.

La de prescripción de la acción para exigir el pago de los años gravables 1979 a 1980 y 1984 a 1985.

Esta excepción la formula la sociedad demandada a través de su apoderado, sobre la base de que, de conformidad con los artículos 94, 95 y 96 del acuerdo No. 21 de 1983, el pago del tributo prescribe en cinco (5) años contados a partir de su exigibilidad y que los títulos que prestan mérito ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 68 del C.C.A., son las liquidaciones privadas presentadas ante la Dirección Distrital de Impuestos, de donde deduce que para el año gravable de 1979, la obligación se hizo exigible con el vencimiento de la primera cuota establecida en la Resolución que para el efecto profiere el Secretario de Hacienda cada año (arts. 35 y 83 del acuerdo citado) y lo mismo ocurre para los años gravables 1980 y 1984, habiendo transcurrido el término de cinco (5) años, para cada año, sin que la administración hiciera exigible la obligación.

Señala el artículo 2535 del C.C., que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hallan ejercido dichas acciones.

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Por su parte el art. 95 del acuerdo No. 21 de 1983, citado en apoyo de la excepción prescribe:

> "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 de tributo comprende las sanciones que se determinen conjuntamente con aquél y extingue el derecho a los intereses. La prescripción podrá decretarse de oficio o a solicitud del deudor".

La primera disposición se refiere de manera general al tiempo de la prescripción señalando que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

Y de manera especial la segunda norma consagra un término de cinco (5) años para la prescripción de la acción proveniente del tributo, el cual empieza a correr desde la exigibilidad de la obligación.

Como se puede ver, para ambas normas la exigibilidad de la obligación da vigencia al término de prescripción y fija el momento en que debe empezar a sustituirse, aspecto claro que no admite interpretaciones.

La inquietud la presenta el excepcionante respecto al título que presta mérito ejecutivo en el presente caso, al afirmar que se deben tener como tales las liquidaciones privadas presentadas por la Sociedad ejecutada por los años que son tema de discusión, cuya exigibilidad ocurrió al vencerse la primera cuota de cada obligación contenida en esos documentos, momento a partir del cual corrió el término de cinco (5) años que prescribe el art. 95 del acuerdo 21 de 1983 sin que la administración iniciara la acción.

El criterio expuesto por el excepcionante es contrario al sostenido por la Sala en varias providencias, en las cuales ha examinado y decidido sobre similar situación. Al efecto en auto proferido el 9 de agosto de 1991, Exp. 0049, Consejero Ponente Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, se dijo:

> "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 No. 21 aludido). La obligación tributaria no es exigible al momento de causación, sino cuando queda en firme el acto administrativo de liquidación o reconocimiento, generando el título que puede servir de fundamento a la ejecución".

De acuerdo a la anterior concepción jurisprudencial, la ejecución adelantada por la Administración Distrital en este proceso, esta bien fundamentada en el acto administrativo contenido en la Resolución No. 01550 del 26 de octubre de 1990, mediante la cual, se hizo el reconocimiento de la deuda a su favor y contra la sociedad demandada.

Por tanto, siguiendo la misma orientación de la Jurisprudencia el término de prescripción extintiva de la acción referida en este caso no se cuenta desde el vencimiento de las primeras cuotas como afirma el demandado, sino a partir del momento en que queda en firme el acto administrativo sobre cuya base se libró la ejecución, ejecutoria que según constancia que obra a folio 3 fte, ocurrió el 7 de diciembre de 1990.

Es entonces a partir de esta fecha en que se hizo exigible la obligación y empezó a correr el término de prescripción y como se puede observar, el tiempo transcurrido no va más allá de un (1) año, dos (2) meses y unos pocos días a la fecha de esta providencia, siendo cinco (5) años el tiempo necesario para que se opere tal fenómeno. En consecuencia la excepción no ha sido probada y deberá denegarse.

Para la tercera excepción formulada con la denominación *Ilegalidad del Título Ejecutivo*, presenta el procurador judicial de la sociedad demandada, similares argumentos a los expuestos para la excepción de pago, agregando que el título ejecutivo es ilegal y está viciado de nulidad porque mediante él se están cobrando intereses de mora sobre intereses ya incluidos en la suma ordenada pagar por capital, razón por la cual el título no es claro, expreso ni exigible.

La Sala no entra al examen de esta excepción dado que no aparece dentro de las taxativas que consagra el artículo 509 del C. de P.C., norma que prescribe en forma perentoria que cuando el título consista en una providencia que conlleve ejecución, como en el presente caso, solo podrán alegarse las excepciones allí señaladas, dentro de las cuales no figura, como ya se advirtió, la mencionada. Por tanto, deberá declararse no procedente.

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

FALLA:

PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones de pago y de prescripción de la acción para exigir el pago de los años gravables de 1979 a 1980 y 1984 a 1988, y no procedente la de ilegalidad del título ejecutivo, propuestas por la Sociedad demandada a través de apoderado.

SEGUNDO: Se ordena llevar adelante la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento de pago.

TERCERO: Condénase en costas a dicha sociedad las que serán liquidadas conforme a la ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

La notificación por conducta concluyente implica un acto de conocimiento determinante de la parte o del tercero, quienes mediante memorial suscrito por ellos, o verbalmente durante audiencia o diligencia (dejando constancia en el acto) manifiestan que conocen determinada diligencia o se refieren a ellas. El acto de notificación se surte cuando efectivamente la parte demandada se da por suficientemente enterada del mandamiento de pago en su contra, otorga el poder para ser representado en el proceso, y hace uso, de los recursos legales procedentes contra éste.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C. veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0180. Actor: D.C. de Santafé de Bogotá C/BANCO DE CREDITO. APELACION DE AUTO.

Se decide el recurso de apelación subsidiario interpuesto por el Banco de Crédito S.A., por conducto de apoderado especial constituido al efecto, contra la providencia de 23 de octubre de 1991, por medio de la cual, el Juzgado Cuarto Distrital de Ejecuciones Fiscales se negó a dar trámite a las excepciones propuestas por la parte demandada, por considerar que éstas fueron presentadas fuera de término.

ANTECEDENTES

El Director Distrital de Impuestos, a través de la Resolución No. 637 de noviembre 6 de 1990, decidió el recurso de reposición interpuesto por el Banco de Crédito S.A. contra la Resolución No. 279 de abril 27 de 1990, por la cual se liquidó el impuesto de industria y comercio y avisos correspondiente al período gravable 1987, vigencia 1988, modificándola y concediendo el recurso de apelación para ante la H. Junta Distrital de Hacienda (fls. 7 a 16).

Mediante Resolución No. 059 de abril 11 de 1991, la H. Junta Distrital de Hacienda modificó la Resolución No. 637/90, quedando así agotada la vía gubernativa (fls. 19 a 23).

De conformidad con lo ordenado por el Decreto No. 062 de 1989, emanado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el 13 de agosto de 1991, la Tesorería de Bogotá D.E. comisionó al Juzgado Cuarto Distrital de Ejecuciones Fiscales para adelantar proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva contra el Banco de Crédito (fl. 1).

El 22 de agosto de 1991, el Juzgado Cuarto Distrital libró mandamiento de pago, por la vía ejecutiva en contra del Banco de Crédito, y a favor del Distrito Capital Santafé de Bogotá, "en cuantía de CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS ($48'278.408.oo) MONEDA CORRIENTE, los intereses para el año gravable de 1987 el 42% y las Costas del Juicio" (fl. 25).

El 22 de agosto de 1991, envió comunicación a los señores Banco de Crédito, solicitándoseles su presentación en el Despacho, en un término de 15 días, con el fin de aclarar la situación jurídica de la referencia (4200145-005-B INDUSTRIA Y COMERCIO).

La fecha de recibido de esta comunicación fue agosto 28 de 1991 (fl. 26).

A folio 32, se observa que el 10 de septiembre de 1991, y con "el fin de aclarar la situación jurídica", el Banco de Crédito S.A. allegó al Juzgado copia de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada el 6 de septiembre anterior, y por medio de la cual se demandan los actos administrativos que sirvieron de base para determinar oficialmente el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1987, vigencia fiscal de 1988.

El 25 de septiembre de 1991, el Juzgado Cuarto Distrital de Ejecuciones Fiscales decretó el embargo y retención de los fondos poseidos a cualquier

título por el Banco de Crêdito en los bancos de la ciudad, hasta la suma de $110'000.000.oo (fl. 90).

El 2 de octubre de 1991, se envió la comunicación correspondiente, inclusive al Banco de Crédito para ponerla en conocimiento de la orden de embargo (fl. 92).

El 4 de octubre de 1991 el Banco otorga poder a una abogada para que lo represente en el proceso (fl. 116).

A folio 117, consta que el Banco de Crédito prestó caución, a través de la póliza No. 3600020 CERT. 27, expedida por Seguros Caribe S.A., para que se levanten las medidas cautelares. Mediante auto fechado el 4 de octubre de 1991, el Juzgado procede a decretar el desembargo de las cuentas y de los fondos que a cualquier título posea el Banco de Crédito y reconoce personería jurídica al apoderado del Banco. (fl. 156).

El 21 de octubre de 1991, el apoderado de la parte demandada propuso escrito de excepciones, y en subsidio el recurso de apelación ante el Superior jerárquico. Considera el excepcionante, que el mandamiento de pago fue notificado el 4 de octubre por conducta concluyente, por lo cual está en tiempo de proponer la excepción de falta de exigibilidad del título, por existir pleito pendiente. Es decir, que en este caso, no existe una obligación actualmente exigible porque contra los actos administrativos por medio de los cuales se "codificó el impuesto a cargo del Banco se interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Por auto de 23 de octubre de 1991, el Juzgado Cuarto Distrital de Ejecuciones Fiscales se negó a dar trámite a las excepciones por considerar que el escrito fue presentado fuera de tiempo. Considera que la notificación por conducta concluyente se efectuó el pasado 10 de septiembre de 1991, cuando el Banco de Crédito presentó un escrito anexando copia de la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y por lo tanto, enterándose de la existencia del proceso.

Contra el auto anterior el apoderado del Banco de Crédito interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación. El recurso fue resuelto en forma negativa, por lo cual, el proceso llega al H. Consejo de Estado, para que éste resuelva la alzada.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En escrito presentado el 16 de enero de 1992, el Banco de Crédito, a través de su apoderado sustentó el recurso, esgrimiendo los siguientes argumentos:

1o.– El acto administrativo del cual se tenía conocimiento cierto fue el demandado ante el Contencioso Administrativo, y no del mandamiento de pago proferido por el Juzgado Cuarto Distrital, del cual ni conocían su existencia y mucho menos su contenido.

Una cosa es conocer la existencia de un proceso y otra muy diferente conocer el contenido de las providencias que se han proferido dentro de ese proceso. En este último caso es donde realmente opera la notificación por conducta conluyente, es este el caso.

2o.– En lo que hace referencia a las excepciones, el demandado solicita, que como fueron presentadas dentro del término legal previsto por la ley, se estudien y ratifica los argumentos presentados inicialmente para fundamentar su petición.

CONSIDERACIONES

La notificación del mandamiento ejecutivo dentro del proceso para el cobro de deudas fiscales se rige por el procedimiento especial señalado en el art. 564 del C. de P.C.

Establece la disposición antes citada que la notificación en cuestión debe hacerse en forma personal previa citación al interesado mediante comunicación.

Si el interesado no se presenta dentro del término previsto en la norma, se le debe nombrar curador *ad-litem* para seguir con él el proceso hasta que el deudor se presente.

A su turno, la comunicación de que habla la disposición, debe ser clara y directa en su objeto, por las consecuencias que comporta su falta de atención y que están fijadas por la norma.

Lo anterior no obsta para que en los procesos de ejecución para el cobro de deudas fiscales quepa la notificación por conducta concluyente, como subsidiaria que es, pero la misma debe cumplir con las previsiones de la disposición que la regula.

El Decreto Ley 2282 de 1989, en su artículo 505, aclara que la notificación del auto de mandamiento de pago es susceptible de efectuarse por conducta concluyente, cuando establece la posibilidad de dar aplicación al art. 330 ibídem, del siguiente tenor:

> "Cuando una parte o tercero manifieste que conoce determinada providencia o la menciona en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se

considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia".

La notificación por conducta concluyente implica un acto de conocimiento determinante de la parte o del tercero, quienes mediante memorial suscrito por ellos, o verbalmente durante audiencia o diligencia (dejando constancia en el acta) manifiestan que conocen determinada diligencia o se refieren a ella.

Para los efectos del presente estudio deben analizarse los elementos de juicio que obran en el informativo y que, observados, muestran los siguientes hechos:

La comunicación enviada por el Juzgado citando al demandado para hacerse presente en el Despacho no especifica en ninguna parte el objetivo de la presencia, salvo "aclarar la situación jurídica de la referencia" pero en el aparte mencionado por el oficio tampoco se menciona a qué se alude (fl. 26).

Por su parte, el memorial presentado por el apoderado del Banco tampoco menciona o alude al conocimiento del mandamiento de pago; se limita a manifestar que interpuso demanda contra unos actos administrativos (fl. 32).

El *a-quo* afirma que el apoderado se refirió tangencialmente al título ejecutivo que dio nacimiento al proceso, pero de tal hecho no se puede deducir en forma desprevenida, que la parte conocía la existencia del mandamiento dictado con base en aquél; la norma es muy clara al especificar que se debe manifestar o mencionar el conocimiento de la providencia notificada y esto no sucede en el memorial en estudio, ni puede deducirse mediante interpretación (fl. 32).

En cuanto se refiere a la comunicación telefónica que tuvo el *a-quo* con la Vice-presidencia del Banco de Crédito, donde le indica el trámite a seguir y el monto de la deuda, no aparece constancia en el expediente, de su realización, ni de su fecha.

Para la Sala, el acto de notificación se surtió el 4 de octubre de 1991, que es cuando efectivamente la parte demandada se da por suficientemente enterada del mandamiento de pago en su contra, otorga el poder para ser representado en el proceso, y hace uso, de los recursos legales procedentes contra éste.

Como consecuencia de lo anterior, las excepciones propuestas el 21 de octubre de 1991, lo fueron oportunamente y así deberán considerarse.

En este orden de ideas, la providencia recurrida debe ser revocada y tener como presentadas en tiempo las excepciones propuestas.

No se accede a la solicitud del recurrente en cuanto que se resuelva en este mismo proveído sobre las excepciones por no ser la oportunidad procesal para hacerlo.

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

RESUELVE:

1. Revocar el auto de fecha 23 de octubre de 1991, proferido por el Juzgado Cuarto Distrital de Ejecuciones Fiscales. En su lugar, se admiten como oportunas las excepciones propuestas.

2. Deniéganse las restantes peticiones de la recurrente.

3. En firme esta providencia vuelva el negocio al Despacho para proveer.

4. Comuníquese al funcionario ejecutor la decisión adoptada en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/COMPETENCIA FUNCIONAL–Determinación/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

El certificado sobre el monto del presupuesto anual ordinario de una localidad expedido por la Contraloría es el que se debe tener en cuenta para efectos de determinar la instancia procesal, puesto que la deducción del valor de las transferencias del IVA que hagan dicha entidad al aforo presupuestal, es más de carácter simbólico que de realidad administrativa, porque las transferencias del IVA hacen parte del presupuesto anual ordinario de los municipios.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0674 Recurso de Queja contra el auto de noviembre 8 de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas por medio del cual denegó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 16 de octubre del mismo año, que declaró no probadas las excepciones y declaró nula la elección de personero municipal de la Merced (Caldas). Actor: William Giraldo Giraldo.

Decide la Sala el recurso de Queja propuesto por el apoderado de la parte demandada contra la providencia de la referencia.

ANTECEDENTES

En sentencia calendada el 16 de octubre de 1991 (fl. 38 y ss), el Tribunal Administrativo del Departamento de Caldas, declaró no probadas las

excepciones de Inepta demanda y Caducidad propuestas por la parte demandada y en cambio dio prosperidad a las pretensiones de la demanda al declarar nula la elección efectuada por el Concejo Municipal de la Merced – Caldas, en la persona de GILMA VELEZ OSPINA, para ocupar el cargo de Personera Encargada para el citado municipio.

En oportunidad legal el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación contra el mencionado proveído (fls. 57 y ss.), y en auto fechado el 8 de noviembre de 1991 (fl. 63 a 65), el recurso le fue denegado, porque según el Tribunal, el municipio de la Merced no es capital de Departamento y conforme a certificado expedido por la Contraloría General del Departamento (fl. 15), su presupuesto queda en un monto anual ordinario de veintiún millones seiscientos cuarenta y nueve mil novecientos veinticuatro pesos moneda corriente ($21'649.924.oo), siendo por tanto el proceso de única instancia no susceptible de tal recurso, conforme a lo estipulado por el artículo 131 del C.C.A.

REPOSICION Y SU FUNDAMENTO

Inconforme con la decisión, el mencionado Procurador Judicial en memorial visto a folio 66 de este expediente, recurrió en reposición y solicitó que en caso de ser denegado se compulsaran copias auténticas del expediente, para interponer ante esta Corporación recurso de Queja alegando en síntesis, que al consagrar el artículo 131 numeral 3 del C.C.A., el concepto de "Presupuesto Anual Ordinario" del municipio, no lo define, es decir no lo precisa, lo que tampoco han hecho las normas reglamentarias del Decreto 01 de 1984, por ello mal puede hacer tal precisión la Contraloría Departamental de Caldas, mediante el certificado sobre cuya base se profirió la sentencia.

El recurso le fue negado en providencia del 28 de enero del año en curso, (fl. 71), considerando el Tribunal que en el proceso no existe certificación diferente a la de la Contraloría, que indique cuál es el presupuesto del municipio de la Merced, para concluir que es de dos instancias como lo pretende el libelista, fundamento en el cual sostiene esa decisión y ordena la expedición de las copias solicitadas.

RECURSO DE QUEJA – FUNDAMENTOS

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 378, inciso 6 del C. de P.C., el apoderado del demandado formuló ante esta Corporación el recurso de Queja, pretendiendo la revocatoria de la providencia que le negó la apelación y se conceda ésta, en consideración a la argumentación que le sirvió de sustento.

Aduce el citado Mandatario Judicial que el Concejo del municipio de la Merced, ejerciendo sus atribuciones legales y en tiempo, mediante el acuerdo

No. 011 del 10 de diciembre de 1989, fijó en ciento dos millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos veintisiete pesos moneda corriente ($102'854.727.oo), el presupuesto de rentas e ingresos de tal localidad para la vigencia fiscal de 1990, a la cual, se le hicieron adiciones antes de la presentación de la demanda quedando el presupuesto anual ordinario en ciento veinticuatro millones trescientos noventa y cinco mil doscientos once pesos con treinta centavos moneda corriente ($124'395.211.30), para dicho año.

Agotado el trámite de ley, procede la Sala a resolver previas ls siguientes

CONSIDERACIONES

Los Tribunales Administrativos en virtud de lo dispuesto en los artículos 131 numeral 3 y 132 numeral 4 del C.C.A., conocen por competencia de los procesos electorales cuando se demanda la nulidad de las elecciones o nombramientos hechos por los Concejos Municipales.

Para determinar si ese conocimiento es de única o primera instancia, se debe tener en cuenta, como lo consagra la primera norma, que "el municipio no sea capital de Departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo)".

Obra en el expediente, (fl. 15), como única prueba demostrativa del presupuesto anual ordinario del Municipio de la Merced, para la vigencia fiscal de 1990, una certificación expedida por el Contralor General del Departamento de Caldas con fecha 26 de septiembre del mismo año.

Certifica el funcionario que el presupuesto de Rentas y Gastos para el prenombrado municipio, "fue aforado por el Concejo Municipal mediante el acuerdo No. 011 de diciembre 10 de 1989 y revisado por la Oficina Jurídica del Departamento mediante auto No. 0043 de enero 24 de 1990 en la suma de ciento dos millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos veintisiete pesos moneda corriente ($102'854.727.oo) y que previa la deducción de ochenta y un millones doscientos cuatro mil ochocientos tres pesos moneda corriente ($81'204.803,oo) por transferencia del IVA que les corresponde en esta vigencia fiscal, queda con un monto ordinario anual de veintiún millones seiscientos cuarenta y nueve mil novecientos veinticuatro pesos moneda corriente ($21'649.924.oo)".

El Tribunal del conocimiento, para resolver en forma negativa el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que decidió en el fondo las pretensiones de la demanda, tuvo en cuenta la última cifra certificada como monto del presupuesto anual, es decir de veintiún millones seiscientos cuarenta y nueve mil novecientos veinticuatro pesos moneda corriente ($21' 649.924.oo) considerando con base en ésta, satisfecho el requisito señalado

en el artículo 131 del C.C.A., por tanto, ser el proceso de única instancia y no susceptible de apelación, conforme al artículo 181 ibídem.

La Sala no comparte la decisión adoptada por el Tribunal de Instancia por las siguientes razones:

Inicialmente, se está certificando un valor determinado como aforo presupuestal por el Concejo Municipal de la Merced Caldas, es decir, se hizo por la Corporación Edilicia el cálculo de Ingresos y Egresos para la Vigencia Fiscal de 1990 con relación al citado municipio y a posteriori se le deduce el valor de las transferencias del IVA, para dejar como monto del presupuesto, el resultado de esa operación matemática, o sea, que se excluye de la noción de "Presupuesto anual ordinario", las transferencias del IVA, considerando que no forma parte de esa concepción presupuestal general.

Para la Sala es indubitable que el monto del presupuesto anual ordinario de la localidad de la Merced – Caldas, para la vigencia fiscal de 1990, corresponde a la suma de ciento dos millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setencientos veintisiete pesos moneda corriente ($102'854.727.oo) a que se refiere el certificado de la Contraloría y es este monto presupuestal el que se debe tener en cuenta para efectos de determinar la Instancia Procesal, puesto que la deducción del Valor de las Transferencias del IVA que hace dicha entidad fiscalizadora al aforo presupuestal señalado en el acuerdo No. 011 de 1989, tal como la misma lo certifica, es más de carácter simbólico que de realidad administrativa, porque en reiteradas oportunidades lo ha expresado esta Corporación las transferencias del IVA hacen parte del presupuesto anual ordinario de los municipios.

Al efecto se pueden consultar las providencias de 30 de julio y 30 de septiembre de 1990, expedientes Nos. 0408 y 0438, respectivamente, proferidas por la sección quinta.

En la más reciente, la del 17 de enero de 1991, expediente No. 0484. Consejero Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, se dijo:

> "En otras palabras según el apelante, para determinar la competencia de los tribunales administrativos, en materia electoral, debe tenerse en cuenta el presupuesto anual ordinario, el cual se integra tan sólo con los ingresos corrientes, que se clasifican tributarios (impuestos directos o indidrectos), los no tributarios (tasas , multas, rentas contractuales, participaciones, aportes y auxilios), e *ingresos compensados* diferentes a los de las denominadas transferencias de la Nación, por ejemplo, como los de impuesto al valor agregado (IVA), o provenientes del sector descentralizado cuando la actividad de sus entes produce superávit o utilidad.

Este criterio es equivocado y no puede ser compartido por la Sala, por cuanto, de un lado, un "presupuesto" es el cálculo de las rentas probables que se recibirán y de las sumas que deben gastarse durante determinada vigencia o período, o como lo expresa Paul Leroy Beaulieu en su tratado de "Ciencia de las Finanzas", "un *Estado* en que se prevén los ingresos y gastos durante un determinado período, un *cuadro* que avalúa y compara los gastos que deben satisfacerse y los ingresos que han de percibirse", rentas o ingresos que pueden provenir de diversos o diferentes conceptos: impuestos, directos o indirectos, tasas, multas, rentas contractuales, participaciones, auxilios y aportes, transferencias, etc., como bien lo señala la ley *38 de 1989* (Estatuto Reorgánico del Presupuesto General de la Nación), en sus artículo 19 y sig., principios que deben seguir las Entidades Territoriales en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales (art. 94 ib)".

De otra parte no hay fundamento legal alguno que establezca que las denominadas transferencias del Impuesto del Valor Agregado (IVA) que hace la nación a los municipios, no puedan integrar el denominado "Presupuesto anual Ordinario" de un municipio.

Conforme con lo dicho, y teniendo en cuenta que al momento de presentación de la demanda el presupuesto anual ordinario para el municipio de la Merced superaba los setenta millones de pesos moneda corriente ($70'000.000.oo), el proceso es de dos instancias y por tanto sujeto a los recursos legales.

Deberá entonces revocarse el auto que negó la apelación de la sentencia y en su lugar concederla y disponer en consecuencia lo ordenado en el artículo 378 inciso 9 del C. de P.C.

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

RESUELVE

PRIMERO: Revócase el auto de fecha noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991), por medio del cual el Tribunal Administrativo de Caldas, no accedió al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte impugnante contra la sentencia dictada por el mismo Tribunal el dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

SEGUNDO: En el efecto suspensivo y para ser tramitado y decidido en esta misma Corporación, Concédese el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia a que se refiere el anterior ordinal.

TERCERO: Comuníquese la decisión al *a-quo* para que remita al Consejo de Estado el expediente original.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/PRUEBAS—Oportunidad/**PRINCIPIO DE CELERIDAD**

El demandante dispone realmente de dos oportunidades para aportar pruebas y para pedir la práctica de las mismas, así: al presentar la demanda y con el escrito de aclaración o corrección de la misma. El demandado, en cambio, únicamente podrá solicitar pruebas al contestar la demanda dentro del término de fijación en lista. Y si bien es cierto que los terceros intervinientes para prohijar u oponerse a las pretensiones de la demanda pueden ser admitidos "hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar", para aportar y pedir pruebas están igualmente limitados al término de fijación en lista, pues de lo contrario se haría imposible el cumplimiento de los términos perentorios que garantizan la celeridad del proceso electoral.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0653. Actor: Olga Sofía Soto Montesino.

Se procede a resolver el recurso de súplica propuesto por el apoderado del actor contra el auto proferido el 12 de febrero del año en curso en el expediente de la referencia, en cuanto denegó por extemporáneas algunas pruebas solicitadas por la parte actora.

ANTECEDENTES

En escrito presentado dentro del término de fijación en lista – 10 de febrero 1992 – el representante judicial del demandante pidió "... Por ser conducentes y orientadas a comprobar los hechos de la demanda, ... los siguientes documentos que acompaño con el presente escrito:

1.– Acta parcial de escrutinio para la elección del Gobernador del Cesar (Elecciones del 27 de octubre de 1991) del Municipio de Aguachica.

2.– Acta general de escrutinio, igualmente del Municipio de Aguachica.

3.– Constancia de la Comisión Escrutadora del Municipio de Aguachica.

4.– Acta parcial de escrutinio (elección del gobernador del Cesar), del Municipio de Chimichagua.

5.– Acta parcial de escrutinio (Elección del Gobernador del Cesar) del Municipio de Río de Oro.

6.– Acta general de escrutinio del Municipio de Río de Oro.

7.– Acta parcial de escrutinio (Elección del Gobernador del Cesar) del Municipio de Pelaya.

8.– Acta general de escrutinio del ya precitado municipio de Pelaya.

9.– Acta parcial de escrutinio (Elección del Gobernador del Cesar) del Municipio El Copey.

10.– Acta general del escrutinio de los votos para Senado, Cámara y Gobernación del Municipio El Copey.

11.– Acta parcial del escrutinio (Gobernación del Cesar) del municipio de La Paz.

12.– Acta general de los escrutinios de la circunscripción electoral del Cesar correspondiente a las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991, suscrita por los Delegados del Consejo Nal. Electoral doctores Oswaldo Rengifo Otero y Rodrigo Noguera Calderón". (fl. 64 y 65).

Y como "complemento del anexo No. 1. Para mayor ilustración y orden en el estudio de los documentos electorales ..." acompañó carpetas con documentos electorales sobre el proceso electoral en los Municipios de Aguachica, Chimichagua, Pelaya, El Copey y La Paz. También acompañó "... fotocopia del material enviado el 17 de enero de 1992 al Director de la

División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil ..." sobre expedición y vigencia de cédulas correspondientes a los precitados municipios.

Además, pidió la práctica de inspección judicial en dependencias de la Registraduría Nacional del Estado Civil y el envío de oficios a autoridades judiciales y al Registrador Nacional del Estado Civil y anexó documentación sobre actuaciones de autoridades electorales atinentes a "... sucesos fraudulentos e irregulares ..." ocurridos en localidades de los Municipios de Aguachica y Río de Oro.

EL AUTO SUPLICADO

En cuanto a lo que es objeto de la inconformidad del recurrente, el auto suplicado dispuso:

> "2.- Excepción hecha de las pruebas decretadas en el anterior numeral '1' que fueron allegadas con la demanda, se rechazan por extemporáneas todas las solicitadas por la parte actora en el escrito presentado en la secretaría el 10 de febrero del año en curso, dentro del término de fijación en lista". (fl. 73).

EL RECURSO

Con invocación de los artículos 56, 57 y 168 del C.C.A. y 178 del C. de P. C., se sustentó el recurso con argumentos que la Sala Unitaria resume así:

En el libelo de la demanda y reafirmando la "lealtad profesional", el demandante dijo: " ... acreditaré las que comprueben los hechos de la demanda, tales como actas de escrutinio de los municipios citados en el libelo, actas de escrutinio de los jurados de votación, concretamente señaladas, formularios E-17, E-15 y E-14 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, certificados de la misma Registraduría sobre expedición y vigencia de buen número de las cédulas de ciudadanía registradas en lista de sufragantes y en los registros de votantes correspondientes a las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991 en los municipios de Aguachica, Chimichagua, Río de Oro, Pelaya, El copey y la Paz, Departamento del Cesar, registros civiles de la defunción de algunos ciudadanos también anotados entre los votantes de algunos de los municipios precitados, y en general, todo cuanto tiende a demostrar las irregularidades que hemos relacionado en este escrito de demanda". (fl. 100). Más tarde, dentro del término de fijación en lista, el demandante solicitó " ... se decretaren y tuviesen como pruebas las acompañadas con la demanda las que, físicamente, adjuntó, durante la fijación en lista, relacionadas en el memorial petitorio de pruebas. (Pág. 1 a 8a.)".

Tales pruebas a pesar de que demuestran "... en forma impresionante, los fraudes y alteraciones de la voluntad popular en el Departamento del Cesar a propósito de la elección del Gobernador Lucas Gnecco Cherchar el 27 de octubre de 1991", el Magistrado Ponente las negó aplicando " ... con extremado y excesivo rigor, la norma del numeral 5, del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que no rige en el proceso electoral, que es especial, con disposiciones propias y de ineludible cumplimiento".

Sobre el alcance del artículo 233 del C.C.A., modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1985, la antigua Sala Contencioso Electoral, mediante providencia fechada el 30 de octubre de 1986 y "... suscrita por siete (7) integrantes, sin salvamento de voto, siendo Consejero Sustanciador el doctor Gaspar Caballero Sierra, revocó en súplica..." el auto pronunciado en Sala Unitaria por el Consejero Joaquín Vanín Tello el 22 de mayo de 1988 en el expediente E–013, auto en el que expresamente se dijo: la oportunidad del demandante para acompañar y pedir pruebas es con la presentación del libelo demandatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 137 del Decreto 01 de 1984 y no durante el término de fijación en lista de que trata el artículo 233, numeral 3 del mismo Estatuto, que el criterio expresado por la mencionada Sala Electoral fue acogido posteriormente en la sentencia pronunciada por la Sección Quinta el 25 de septiembre de 1989 en el expediente 0323, suscrita por los "... doctores Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño y el Conjuez Miguel Viana Patiño..." y el Consejero Sustanciador Doctor Miguel González Rodríguez. Que de acuerdo con la "doble columna" que presenta, la modificación introducida por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989 al artículo 233 del Decreto 01 de 1984, aunque sutil, permite deducir que el legislador "... lejos de singularizar el derecho de pedir pruebas durante la fijación en lista en favor del demandado lo refiere a las partes contendientes...", sin distinguir entre el demandante, demandado y demás intervinientes, por lo que debe aplicarse el principio de que donde el legislador no distinguió al intérprete no le es dado hacerlo. Ese alcance así entendido se ratifica con el texto del artículo 236 del mismo C.C.A., al no discriminar –coincidiendo con el numeral 3o. del artículo 233– entre demandante y demandado.

Alega, además, que las pruebas rechazadas "... fueron indicadas con toda claridad en la demanda... sin expresiones equívocas o dubitativas, tan nítidas que la parte demandada pudo conocer, y ciertamente conoció, la intención real de las pruebas y el alcance de las mismas...". Se trata de pruebas que "... tienden a demostrar, rigurosamente, los hechos de la demanda. No hay ocultamiento de pruebas que pudiera socabar y destruir la lealtad profesional".

En consecuencia, insiste en que se revoque el auto suplicado y se concedan y decreten las pruebas denegadas.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Como bien se ve, la providencia suplicada denegó las pruebas que se especificaron en acápite anterior, sobre la base de haber sido aportadas unas y pedidas otras extemporáneamente, dentro del término de fijación en lista señalado en el numeral 4o. del artículo 233 del C.C.A.. Aunque expresamente no lo dice la providencia objeto del recurso, se deduce que al haber sido decretadas las pruebas "... acompañadas con la demanda..." es porque el autor de la misma entendió que la oportunidad para que el demandante aporte y pida la práctica de pruebas es la señalada en el numeral 5., del artículo 137 del C.C.A.

La Sala de Decisión comparte este criterio, por las siguientes razones:

La introducción en el actual Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984– de la preceptiva contenida en el artículo 187 del C.C.A. en el sentido de que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá contener "la petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer;" vino a llenar el vacío que sobre la materia existía en las normas de procedimiento aplicables a los procesos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, la Ley 167 de 1941 –antiguo Código Contencioso Administrativo– nada disponía sobre la oportunidad del demandante para presentar y pedir la práctica de pruebas. En su artículo 84, referente a los requisitos de la demanda –no se ocupaba de pruebas. Tampoco lo hacía el artículo 128 que disponía que hasta el último día de fijación en lista podía aclararse o corregirse la demanda.

Para llenar ese vacío, puesto que al demandante no se le podía negar su derecho a aportar pruebas y a pedir la práctica de ellas, conforme a la garantía del debido proceso, se acudió al expediente de hacer extensivo al demandante el derecho reconocido al Ministerio Público y a los coadyuvantes e impugnadores de pedir en el término de fijación en lista "... la práctica de pruebas...". No otra cosa se desprende del texto del auto proferido por Consejero integrante de la Sala de Negocios Generales el 19 de julio de 1961, del siguiente tenor:

> "No es posible aceptar que entre las ordenaciones del artículo 84 sobre la contención del libelo de demanda, y concretamente en su ordinal 2o. 'lo que se demanda', pueda considerarse que el actor tiene allí la facultad de pedir pruebas, pues 'lo que se demanda' es un derecho sujeto posteriormente a comprobación y dentro del término que para ello debe fijar la ley. Posteriormente a la demanda, el Juez recibe la causa,

a prueba para que las partes pidan las que sean conducentes a la demostración de sus derechos. El término para tal cosa se divide en dos períodos: el primero para pedir las pruebas y el segundo para practicarlas. Este es el principio general aceptado para los juicios ordinarios en el Código Judicial; y también lo es para los mismos juicios en la jurisdicción contencioso administrativa, como adelante se verá.

Descontado que sea en la demanda donde se puedan pedir las pruebas y siguiendo una hermenéutica jurídica que divida el proceso convenientemente, conforme al principio de la preclusión, el Consejo de tiempo atrás ha venido dando –a falta de una disposición más concreta– al artículo 126 del C.C.A. (numeral 3o.) la interpretación de que durante la fijación en lista que allí se ordena: tanto las partes como los opositores y coadyuvantes debe solicitar la práctica de pruebas". (Anales 1961 –Tomo 63 pág. 192).

Más tarde, el 22 de junio de 1972, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, refiriéndose a la interpretación jurisprudencial contenida en el auto anterior, dijo:

"Y esa interpretación es racional porque en caso contrario el demandante no tendría una autorización expresa para hacer valer su derecho. Pero esa generalizada interpretación no puede continuar porque el artículo 282 del C.C.A., sobre reenvío legal, al disponer 'que los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil' está indicando claramente que debe darse aplicación al artículo 77 del C.P.C., sobre inclusión de la prueba con la demanda. Sin perjuicio de que el demandante pueda también hacer uso del término probatorio previsto en el ordinal 3o. tantas veces citado. Este sistema tiene la ventaja de la lealtad procesal con el Ministerio Público porque en el momento de pedir pruebas tendría la oportunidad de hacerlo sobre algunos hechos ya conocidos y nunca sería sorprendido en su labor de defensa de la sociedad". (Anales 1972 –Primer Semestre– Tomo 82 pág. 538).

Ciertamente, desde un comienzo debió aplicarse el artículo 77 del C. de P.C., para llenar el vacío como claramente lo ordenaba el artículo 282 de la Ley 167 de 1941, como se expresa en el último auto transcrito. También cabía aceptar que el demandante aportara y pidiera la práctica de pruebas en el término de fijación en lista, siempre y cuando fueran aportadas y pedidas con el escrito de aclaración o corrección de la demanda, pues, como se dijo, el artículo 128 de la citada Ley 167 de 1941 disponía que "Hasta el último día de fijación en lista puede aclararse o corregirse la demanda por el actor...".

Pero, al haber desaparecido el vacío a partir de la expedición del Decreto 01 de 1984, en cuyo artículo 137 numeral 5., se señala la oportunidad para hacer la petición de pruebas que " ... pretende hacer valer; ...", desapareció la posibilidad para éste – el demandante – de aportar y pedir la práctica de pruebas con posterioridad a la presentación de la demanda o a la corrección de la misma, lo que debe hacerse "... antes de que quede en firme el auto que la admita", contrariamente a lo que sucedía bajo el régimen procesal anterior que, como se dijo, autorizaba que la aclaración o corrección de la demanda se hiciera hasta el último día de fijación en lista.

Es cierto, como lo indica el recurrente, que el proceso contencioso electoral se rige por preceptiva de carácter especial. Sin embargo, de esa premisa no puede deducirse la inaplicabilidad del artículo 137, numeral 5, a dicho proceso, Debemos aún deducir del texto del inciso primero del numeral 4. del artículo 233 que el término de fijación en lista es común al demandante y al demandado para solicitar pruebas, entre otras razones, porque del segundo inciso del artículo 236 ibídem se desprende que la petición de pruebas debe hacerse en la demanda o en el término de fijación en lista, en la demanda para el demandante como lo dispone el citado artículo 137, y para el demandado en el término de fijación en lista como lo ordena el mencionado artículo 233 numeral 4.

De lo expuesto resulta que el demandante dispone realmente de dos oportunidades para aportar pruebas y para pedir la práctica de las mismas, así: al presentar la demanda y con el escrito de aclaración o corrección de la misma. El demandado, en cambio, únicamente podrá solicitar pruebas al contestar la demanda dentro del término de fijación en lista. Y si bien es cierto que los terceros intervinientes para prohijar u oponerse a las pretensiones de la demanda pueden ser admitidos "... hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar", para aportar y pedir pruebas están igualmente limitados al término de fijación en lista, pues de lo contrario se haría imposible el cumplimiento de los términos perentorios que garantizan la celeridad del proceso electoral, inspirado en la necesidad de asegurar la certeza del resultado de las elecciones y nombramientos, como base para el funcionamiento del sistema democrático de gobierno. Principio que inspira igualmente la brevedad del término de caducidad para impugnar la legalidad de los actos de elección y nombramiento. También, porque la eficacia de la prueba depende de su publicidad y contradicción, como lo admiten los doctrinantes. Además, porque el principio de la lealtad procesal impone el derecho de las partes a conocer oportunamente las pruebas para aducir también oportunamente los medios de defensa oponibles a ellas. Para garantizar este principio no es suficiente anunciar en la demanda que se aducirán ciertas pruebas o medios de prueba, es necesario aportarlas oportunamente y pedir las que se pretenden hacer valer. Y como ha quedado expresado, las oportunidades del demandante son al presentar la demanda y al aclararla o corregirla, y para el demandado durante el término de fijación en lista.

Consecuente con lo que ha quedado expresado, esta Sala de Decisión no está de acuerdo con las decisiones adoptadas por la Sala Contenciosa Electoral en auto del 30 de octubre de 1985 Exp. E-013, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1989, expediente 0323. En cambio, comparte las razones que indujeron al Consejero doctor Miguel Betancourt Rey a salvar el voto en el auto del 30 de octubre de 1986. Queda así recogida la jurisprudencia expresada en estas providencias.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión,

RESUELVE:

1o. Confirmar el auto suplicado, fechado el 12 de febrero del año en curso, en cuanto denegó por extemporáneas algunas pruebas solicitadas por la parte actora.

2o.– En firme esta providencia vuelva el expediente al Despacho del señor Consejero conductor del mismo para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Miren De La Lombana de Mgyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Gallego Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO–Ejecutividad/**PRESUNCION DE LEGALIDAD**

La Resolución alcanzó firmeza porque contra ella no se interpuso el recurso procedente y en consecuencia es suficiente por sí misma para que la Administración ejecute los actos necesarios tendientes a su cumplimiento. Además, es obligatoria y goza de presunción de legalidad mientras la jurisdicción competente no diga lo contrario.

JURISDICCION COACTIVA/ESTABLECIMIENTO COMERCIAL/ADQUIRENTE/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA–Improcedencia/**DERECHO DE DEFENSA**

El privilegio de la Administración en la jurisdicción coactiva no puede cercenar el legítimo derecho de defensa que le asiste en este caso al adquirente del establecimiento comercial para controvertir una decisión suya que pueda llegar a perjudicarlo, por hechos u omisiones del contribuyente obligado a pagar sus deudas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0184. Actor: D. C. de Santafé de Bogotá C/ Servicio de Inseminación Artificial Colombiano Ltda. Siaco Ltda.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por FUTOROS LTDA., contra el auto de mandamiento de pago proferido el 12 de noviembre de 1991 por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 000057 de febrero 19 de 1990, que constituye el título ejecutivo, la Tesorería Distrital de Bogotá reconoció y ordenó pagar a la sociedad SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA. SIACO LTDA. con Nit 860.020.407 y a favor del Distrito Especial, la suma de $1.974.370 más intereses, por concepto de mora en la cancelación del impuesto de industria y comercio y avisos correspondiente a los años gravables de 1986 y 1987; las diferencias y sanciones por el año gravable de 1985 y las sanciones por el año de 1987, según liquidación efectuada por la Sección de Cobranzas de esa Oficina, en razón de la actividad comercial desarrollada en el establecimiento ubicado en la carrera 13 No. 67-24 de esta ciudad. (Fls. 4 a 6).

El Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago contra la referida sociedad en la cuantía indicada mediante auto que profirió el 19 de abril de 1990 (fl. 56).

A notificarse del anterior proveído concurrió el 1o. de enero de 1991 el Gerente de SIACO LTDA., quien manifestó que procedería a revisar las cuentas y que la Sociedad demandada "... está en causal de disolución y liquidación..." (fl. 136). El 16 de mayo del mismo año se presentó por segunda vez ante el Despacho Ejecutor aportando copia de una promesa de dación en pago suscrita con la Sociedad FUTOROS LTDA. el 1o. de abril de 1989, relativa a dos establecimientos de comercio incluyendo sus activos y pasivos, ubicado uno de ellos en la carrera 13 No. 67-24 de Bogotá, comprometiéndose a allegar al proceso la escritura respectiva del contrato de dación en pago y el certificado actualizado de la Cámara de Comercio. (Fl. 144).

El 27 de mayo de 1991 compareció el apoderado de FUTOROS LTDA. atendiendo la citación enviada en tal sentido a su representada por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales. (Fl. 211).

Constituído en debida forma nuevo representante judicial de FUTOROS LTDA., solicitó al Juzgado correspondiente declarar libre de todas las obligaciones fiscales, a la Compañía, aduciendo que estas fueron contraídas por SIACO LTDA., con antelación a la fecha del contrato de dación en pago del establecimiento de comercio gravado con los tributos (fls. 250 a 253).

El Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales considerando que el contrato de dación en pago hace presumir pleno conocimiento de la deuda por cada una de las partes, y como consecuencia de ello el adquirente asume la responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que conforme a dicho documento la entrega y recibo del establecimiento comercial lo fue

con todos sus activos y pasivos, en auto del 12 de noviembre de 1991 (fls. 375 y 376) revocó el mandamiento de pago de abril 19 de 1990 en contra de la sociedad SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA. SIACO LTDA., y libró nuevo mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de la Tesorería Distrital contra FUTOROS LTDA., con Nit. 860.528.661 por la suma de $1.974.370 por concepto de capital más intereses y costas que se causaren hasta su cancelación total, por la mora en el pago del impuesto de industria y comercio y avisos adeudados por los años gravables 1986 y 1987, las sanciones y diferencias del año 1985, por el establecimiento de comercio ubicado en la carrera 13 No. 67-24 de esta ciudad, auto que fué notificado el 21 de noviembre de 1991 al apoderado de FUTOROS LTDA. (fls. 378 y 376 vto.), quien en oportunidad legal interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación.

En proveído de 6 de diciembre de 1991 el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales resolvió denegando el recurso de reposición impetrado y concedió en el efecto devolutivo el de apelación ante el Consejo de Estado. (Fl. 333).

Solicita el recurrente en memorial visible a folios 377 a 383, que se revoque en todas sus partes el auto de mandamiento de pago en contra de FUTOROS LTDA., se desvincule a esa Sociedad del proceso y como consecuencia se declare que la compañía SIACO LTDA., es legalmente responsable por la deuda, con fundamento en que todas las obligaciones cuyo cobro se persigue son anteriores a la fecha del contrato de dación en pago, y que la circunstancia de haber recibido un establecimiento de comercio no libera a SIACO LTDA., del tributo ni lo transfiere en cabeza de FUTOROS LTDA., aún cuando en el contrato de dación en pago se haya estipulado que se incluyen los pasivos inherentes al desarrollo del negocio. Señala que conforme al artículo 528 del Código de Comercio, el enajenante y el adquirente de un establecimiento comercial responden solidariamente por las obligaciones contraídas hasta el momento de la enajenación que consten en los libros obligatorios de contabilidad, y que la responsabilidad del enajenante cesa luego de transcurridos dos meses siempre y cuando se cumplan los requisitos de publicidad consistentes en dar aviso de la enajenación a los acreedores en la forma que indica la norma, que en el presente caso no se han cumplido. Invoca también el artículo 527 ibídem según el cual debe el enajenante entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por contador público, considerando que todo lo anterior correspondía demostrarlo a SIACO LTDA., dado que el artículo 528 citado ampara y beneficia al enajenante del establecimiento de comercio más no al adquirente, para que la responsabilidad deje de estar en cabeza del primero. Anota que al expediente han sido allegados los documentos relativos a la enajenación del establecimiento de comercio entregados por SIACO LTDA. a su representada, en los cuales no constan las deudas por concepto de los impuestos de industria y comercio y avisos, relievando que

FUTOROS LTDA., obró de buena fe al exigir a SIACO LTDA. "... la exhibición de sus libros de contabilidad y la presentación de una relación del pasivo inherente a las actividades del establecimiento, y que SIACO LTDA., obrando con mala fé ocultó a FUTOROS LTDA., la existencia de las deudas en cuestión al omitirlas en los documentos entregados. Por esto FUTOROS LTDA., solamente se vino a enterar sobre la existencia de las deudas que pretende cobrar ese Despacho como resultado de las presentes diligencias" (Fl. 381).

Observa que al no haber sido informados los acreedores como lo exige la ley SIACO LTDA., es la única obligada al pago de las deudas. Manifiesta que la razón de ser del procedimiento relativo a la enajenación de un establecimiento comercial "... radica en darle oponibilidad al negocio frente a terceros, dentro de los cuales naturalmente se incluye al Estado. Mientras no se cumplan los requisitos establecidos por el Código de Comercio para el efecto, el negocio sólo es oponible entre las partes; una vez cumplidos los requisitos de publicidad en la forma determinada por la ley, el negocio entra a ser oponible a terceros..." (fl. 382). Señala que según la ley y la doctrina los convenios particulares sobre impuestos no son oponibles al Fisco y cita jurisprudencia del Consejo de Estado que estima lo pertinente.

CONSIDERACIONES

Como se ha dejado expuesto, el apoderado de la Sociedad FUTOROS LTDA., al interponer el recurso de apelación pide que se revoque el auto de mandamiento de pago librado en contra de su representada, auto que, se aclara, fue proferido por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales el 12 de noviembre de 1991 y no el día 8 como allí aparece, si se tiene en cuenta la fecha del informe secretarial que le antecede. (Fl. 375).

Hecha esta observación, entra la Sala a desatar el recurso no sin antes recabar, como en varias ocasiones lo ha hecho, que la apelación contra el auto de mandamiento de pago tiene como propósito cuestionar las razones que llevaron al juez a proferirlo, las cuales se resumen en establecer si el título que presta mérito ejecutivo contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Y dentro de este marco, teniendo en cuenta los argumentos del impugnante, se hace necesario precisar si el proceso que aquí se adelanta tiene su razón de ser.

Estima la Corporación que la resolución No. 000057 del 19 de febrero de 1990, expedida por el Tesorero del Distrito Especial de Bogotá, que reconoce y ordena pagar la obligación en cuantía de $1.974.370 a cargo de la sociedad SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA. SIACO LTDA. con Nit. 860.020.407, por mora en el pago del impuesto de industria, comercio y avisos generado por las actividades realizadas de un establecimiento comercial, reúne los elementos del título ejecutivo,

pues contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, oponible al deudor.

Dicha Resolución alcanzó firmeza porque contra ella no se interpuso el recurso procedente (art. 62 num. 3 C.C.A.), y en consecuencia es suficiente por sí misma para que la Administración ejecute los actos necesarios tendientes a su cumplimiento (art. 64 C.C.A.). Además, es obligatoria y goza de presunción de legalidad mientras la jurisdicción competente no diga lo contrario (art.. 66 C.C.A.).

Tales los fundamentos que debió tener en cuenta el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales para librar mandamiento de pago, en simple consonancia con el despacho comisorio de abril 6 de 1990 de la Tesorería de Bogotá, D. E. " ... para que se inicie, adelante y lleve hasta su terminación el PROCESO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA contra LA SOCIEDAD SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA., con N.I.T. 860.020.407 ..." (fl. 2).

Sentadas estas bases, debe establecerse si es ajustada la actuación del Juzgado en contra de FUTOROS LTDA., en razón de la interpretación que hizo respecto de la solidaridad por virtud del contrato de dación en pago del establecimiento comercial gravado con los tributos de industria y comercio y avisos, y con el ánimo de poner a salvo el crédito a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá.

El auto de mandamiento de pago proferido el 12 de noviembre de 1991 contra FUTOROS LTDA., con NIT. 860.528.661, no consulta el contenido de la Resolución No. 000057 de 19 de febrero de 1990, habida cuenta que la prenombrada Sociedad no es sujeto de tributación al Fisco, no porque no pueda serlo sino porque dicho acto administrativo, que se presume legítimo, ha reconocido que la obligación tributaria es de cargo de la compañía SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA. con NIT 860.020.407, como que es persona jurídica distinta. Por manera que el Juzgado, que sólo es conductor del proceso, no podía so pretexto del derecho de la Administración para proceder por la vía de la jurisdicción coactiva, adelantar una acción cuya finalidad es la de que se cumpla la obligación que le da apoyo jurídico, contra quien no tiene la calidad de deudor. De donde se concluye que el auto de mandamiento de pago será revocado como así habrá de declararse.

De otra parte, como en el caso hoy sometido a estudio el Juzgado estima que existe solidaridad entre SIACO LTDA. y FUTOROS LTDA., porque en el contrato de dación en pago suscrito entre las aludidas Sociedades se dice que " ... esta dación se hace en bloque, con unidad económica ..." (fl. 254 vto.) lo que según ese Despacho hace presumir el pleno conocimiento de los impuestos debidos, mientras que el señor apoderado de la

compañía ejecutada FUTOROS LTDA. sostiene lo contrario, se señala que la legislación existente respecto de los impuestos de industria y comercio y avisos, que es el Acuerdo No. 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, aunque en el parágrafo de su artículo 10. prevé que "Los adquirentes o beneficiarios de un establecimiento de comercio donde se desarrollen actividades gravables serán solidariamente responsables con los contribuyentes anteriores de las obligaciones tributarias, sanciones e intereses insolutos causados con anterioridad a la adquisición del establecimiento de comercio", norma que ciertamente guarda relación con el artículo 528 del Código de Comercio invocado por el libelista, no puede perderse de vista que las obligaciones son debidas tan pronto sean conocidas por los interesados por los medios que para ello señala la ley, y que previo al juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva se adelanta proceso administrativo que culmina precisamente con el reconocimiento de la deuda a favor del Fisco.

Entonces, es obvio que si la responsabilidad es solidaria entre el contribuyente y el adquirente de un establecimiento comercial respecto de los impuestos de industria y comercio y avisos, conforme al precitado parágrafo del artículo 10 del Acuerdo No. 21 de 1933, no sería posible predicarla en el presente caso, porque el adquirente del establecimiento comercial que lo es la sociedad FUTOROS LTDA. estaría en desventaja frente al contribuyente SERVICIO DE INSEMINACION ARTIFICIAL COLOMBIANO LTDA., SIACO LTDA., quien sí fue notificado de la Resolución No. 000057 de 19 de febrero de 1990 en la forma como lo ordena el artículo 44 del C.C.A. (fls. 16 y 14) y tuvo al menos la oportunidad de intentar el recurso procedente – aunque no la aprovechó –, para alertar a la Administración acerca de la dación en pago a FUTOROS LTDA. del establecimiento de comercio ubicado en la carrera 13 No. 67-24 de esta ciudad, gravado con los tributos, contrato que fue registrado en la Cámara de Comercio el 9 de junio de 1989 (fl. 254 y vto. y 255), con antelación al 19 de febrero de 1990 fecha en la cual la Tesorería Distrital de Bogotá, D. E. profirió la citada Resolución No. 000057.

Y todavía hay más razón para que esto sea así, pues el privilegio de la Administración en la jurisdicción coactiva no puede cercenar el legítimo derecho de defensa que le asiste en este caso al adquirente del establecimiento comercial para controvertir una decisión suya que pueda llegar a perjudicarlo, por hechos u omisiones del contribuyente obligado a pagar sus deudas.

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

RESUELVE

Revocar en todas sus partes el auto de mandamiento de pago proferido en este proceso por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales

el 12 de noviembre de 1991, en contra de la Sociedad FUTOROS LTDA., con Nit. 860.528.661 en cuantía de $1.974.370 más intereses.

Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CAUCION–Fijación/**DOLARES/PESO COLOMBIANO**

Respecto de la garantía, que con vigencia de dos años deben otorgar las ejecutadas para cubrir la obligación en dólares, el Juzgado al fijar el monto en su equivalente en pesos colombianos no está interpretando adecuadamente la solicitud, puesto que la equivalencia en la forma como está expresada en la providencia que se impugna haría más gravosa la situación de quien otorga la caución por la imposibilidad de mantener el valor de la garantía frente a la obligación en dólares, en razón de la constante desvalorización de la moneda colombiana. Por manera que sólo si dicha caución se hiciera efectiva es que podría reclamarse, en ese momento, su valor en el equivalente en pesos colombianos.

JUICIO EJECUTIVO/SUSPENSION DEL PROCESO–Improcedencia

Conforme al artículo 171, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, es viable decretar esta medida mediante la prueba de la existencia del proceso que la determine y una vez se encuentre el asunto en estado de dictar sentencia. No obstante existir ahora la prueba del proceso contencioso administrativo contra las Resoluciones que en este asunto constituyen el título ejecutivo, no puede ser tenida en cuenta en esta instancia por haber sido aportada durante el trámite de la apelación. Además, no se encuentra aún el proceso en estado de dictar sentencia, y por tanto, no es posible la suspensión del mismo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente No. 0167. Actor: D. C. de Santafé de Bogotá contra Impregilo S.P.A. –Estruco Ltda. y/o Compañía Granadina de Seguros S. A.

Decide la Sala el recurso subsidiario de apelación interpuesto por la parte ejecutada CONSORCIO IMPREGILO S.P.A. –ESTRUCO LTDA., a través de apoderados, contra el auto de 30 de septiembre de 1991, que libró mandamiento de pago. Y conoce también del recurso de apelación propuesto por las mismas partes contra el auto calendado a 30 de octubre de 1991, proferido por el mismo Despacho, por el cual resolvió fijar como cuantía de la caución la suma de $975.000 dólares en su equivalente en pesos colombianos y negó la solicitud de suspender el proceso. También del mismo recurso interpuso contra el auto del 7 de noviembre en cuanto resolvió puntos nuevos.

ANTECEDENTES

Con base en las Resoluciones Nos. 0986 de diciembre 2 de 1988 (fls. 74 a 76), por medio de la cual la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá impuso al Contratista Consorcio Impregilo S.P.A. –Estruco S. A. una multa por valor equivalente a $15.000 dólares diarios por cada uno de los sesenta y cinco días de retraso en el cumplimiento del plazo contractual estipulado en el convenio No. 502 AB–IV–01–A de fecha agosto 29 de 1986 y sus modificaciones, para la construcción del Túnel Los Rosales y obras anexas; 0043 de enero 26 de 1989 (fls. 78 a 87) que resolvió el recurso de reposición en el sentido de ratificar la anterior; 0619 de julio 17 de 1989 (fls. 88 a 90) que dispuso suspender el recaudo de las multas impuestas al contratista; y 0663 de mayo 31 de 1990 (fls. 91 y 92), que decidió hacer efectivas dichas multas, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presentó demanda ejecutiva de mayor cuantía. Con este título ejecutivo, el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago el 30 de septiembre de 1991 a favor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y en contra del "Consorcio Impregilo S.P.A. –Estruco Ltda. y/o Compañía Granadina de Seguros S. A." por el equivalente en pesos colombianos, al momento del pago, de la suma de $975.000 dólares, más las cosas judiciales que hubieren. (fl. 94).

El auto anterior fue notificado personalmente a los representantes legales de las Sociedades Estruco S. A., Impregilo S.P.A. y Compañía Granadina de Seguros S. A. los días 8, 16 y 22 de octubre de 1991, respectivamente. (Fls. 98, 114 y 160), quienes interpusieron recurso de reposición, subsidiario de apelación y solicitaron la suspensión del proceso y la fijación de la cuantía de la caución.

Ocupándose de la solicitud de suspensión del proceso con base en el artículo 170 del C. de P.C. y del ofrecimiento de otorgar garantía bancaria previo señalamiento de su cuantía, el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales en auto de octubre 30 de 1991 resolvió denegando dicha solici-

tud y fijó la suma de US$975.000, en su equivalente en pesos colombianos, como cuantía de la caución. (Fls 175 y 175 vto.); y mediante proveído del 7 de noviembre de 1991 (fl. 178A), al desatar los recursos de reposición interpuestos contra el auto de mandamiento de pago por los apoderados de Estruco S. A., de Impregilo S.P.A. y de la Compañía Granadina de Seguros S. A., modificó parcialmente la decisión del 30 de septiembre, en el sentido de librar la orden de pago únicamente en contra del Consorcio Impregilo S.P.A. –Estruco S. A. y, además, reiteró lo dispuesto en el auto del 30 de octubre en el sentido de no suspender el proceso hasta tanto se allegaran las certificaciones correspondientes sobre la existencia de la demanda instaurada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la nulidad de las Resoluciones que integran el título ejecutivo, auto en el que, además, admitió las excepciones propuestas por los apoderados de las Sociedades demandadas.

LOS RECURSOS

1. ESTRUCO S. A.

Con respecto al primero de los autos citados, es decir, el de fecha 30 de octubre de 1991 (fls. 195 a 197), el apoderado de la Sociedad Estruco S. A., manifestó:

a. Que el Juzgado se excedió al fijar la cuantía de la caución que resulta ser igual al valor de la multa porque "... el uso corriente en estos casos es fijar como caución equivalente al 10% de la suma que se pretende cobrar...". (Fl. 195).

b. Que no resuelve todos los recursos y peticiones hechos por los demandados.

c. Que la prueba pedida desde el 10 de Octubre, consistente en solicitar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca una certificación sobre la existencia del proceso incoado para obtener la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se impusieron las obligaciones que hoy se pretenden cobrar por jurisdicción coactiva, tan sólo se vino a decretar en el auto que se impugna, por lo que el Juzgado debió esperar la respuesta del Tribunal antes de negar la suspensión del proceso.

Respecto del auto de mandamiento de pago, de fecha septiembre 30 de 1991, que fué modificado parcialmente mediante proveído del 7 de noviembre, el señor apoderado de Estruco S. A., señala que no siendo los "Consorcios" personas jurídicas, en dicha providencia el Juzgado " ... ha debido referirse en forma separada y discriminando para cada uno de los miembros del Consorcio". (fl. 199).

2. IMPREGILO S. P. A.

Por su parte el apoderado judicial de la Sociedad Impregilo S.P.A. impugnó el auto de fecha 30 de octubre de 1991 (fls. 193 y 194), así:

a. La cuantía de la caución fijada desnaturaliza el sentido de la misma porque lo corriente en tales casos es fijar el 10% de la suma adeudada y no el 100% contrariamente a lo que hizo el juzgado.

b. Al disponer que la garantía se preste en su equivalente en pesos colombianos "... modifica el contrato que señaló que la multa se pagaría a razón de 15.000 dólares diarios, y el propio texto de las Resoluciones de la EAAB que le sirve de fundamento para su cobro ejecutivo". Además, pendiente la reposición del auto de mandamiento de pago interpuesto por los ejecutados y presentadas excepciones de mérito y excepciones previas y "... debidamente demostradas las de proceso pendiente, se imponía la revocatoria del auto de mandamiento de pago, como en efecto se impone, y por ende como corolario, la inexistencia de caución o garantía alguna".

Para sustentar el recurso contra el auto de 30 de septiembre de 1991, modificado parcialmente, como se dijo, el 7 de noviembre, manifiesta:

1. Se libró mandamiento de pago contra quien no correspondía porque se dirigió contra un Consorcio y no contra las Sociedades integrantes del mismo.

2. Se libró mandamiento de pago a favor de una entidad pública que no es la demandante.

3. No señala el efecto en que deben ser tramitadas las excepciones planteadas.

4. No suspende el proceso aduciendo carencia de la prueba que se le había solicitado con antelación y sin atender a la existencia demostrada del proceso arbitral entre la Empresa contratante y las Sociedades Impregilo S.P.A. y Estruco S.A..

Cuando ya el expediente se encontraba en esta Corporación por razón de los recursos de apelación que aquí se deciden, el apoderado de Impregilo S.P.A. con escrito que obra al folio 203 aportó constancia expedida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la existencia del proceso No. 89-D-5382 " ... que versa sobre la nulidad de las Resoluciones No. G-0986 del 2 de diciembre de 1988 y G-043 del 26 de enero de 1989, originarias de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA" expedida por el Secretario de dicha Sección el

19 de noviembre de 1991. El señor apoderado afirma en dicho escrito que "... el original de la constancia ha sido entregado ..." al Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales, Despacho que, agrega, "... en uno de sus autos produjo la negación de la petición de suspensión". Manifiesta que acompaña el documento "... para que obre en el proceso y a los fines consiguientes con peticiones oportunas, desatendidas por el Juzgado Tercero de Ejecuciones Fiscales, en actuaciones que espero, seguramente serán subsanadas por esa H. Corporación".

Dentro del término del traslado intervino el representante judicial de Estruco S. A. para solicitar la nulidad del proceso con fundamento en que el mandamiento de pago se libró en contra de un deudor inexistente, toda vez que los Consorcios no tienen personería jurídica. Subsidiariamente, pidió la suspensión del proceso por existir otro ante la jurisdicción contencioso administrativa y en prueba de ese aserto anexó la respectiva constancia. (Fls. 207 a 211).

También descorrieron el traslado el apoderado de Impregilo S.P.A. reiterando sus argumentos (fls. 212 a 214) y el representante judicial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, quien señala que la fijación de la cuantía de la caución es facultad discrecional del juez, que en el presente caso coincide con lo pedido por el apoderado de Estruco S. A.. Alega que para efectos de constituir la caución pueden ser utilizados pesos colombianos o, dólares, sin que ello implique modificar el contrato. Que, contrariamente a lo afirmado por los ejecutados, el *a-quo* sí se manifestó sobre todas y cada una de las peticiones que le fueron formuladas en los recursos de reposición; en cuanto a la suspensión del proceso, ésta se rige por lo dispuesto en los artículos 170 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Señala que si el Contencioso se pronunciara declarando la nulidad de las Resoluciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, " ... estaríamos simplemente ante un fenómeno que obligaría a la E.A.A.B. a restituir a los demandados el dinero de las multas. Pero eso es otro asunto, apenas eventual, que no puede convertirse en obstáculo para la ejecución de una deuda cierta y obligatoria, respaldada en actos administrativos con su legalidad vigente y su fuerza ejecutoria intacta". (Fl. 128).

Se refiere el señor apoderado de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al literal c) de la cláusula 10a. del contrato que estipula que las multas se impondrán " ... por un valor equivalente a quince mil dólares (US$15.000) por día de retraso ...", por lo que el concepto "equivalencia", incluido en el contrato permite hacer el pago en pesos o en dólares, contrariamente a lo afirmado por el apoderado de Impregilo S.P.A. al sustentar el recurso. Además, de acuerdo con el artículo 874 del C. de Co. "Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda colombiana". Y concluye este acápite diciendo "de suerte que tanto para efectos liberatorios, como para efectos de cons-

tituir la caución, el Consorcio bien puede utilizar dólares o pesos colombianos, sin que por ello vaya a modificar el contrato. Por el contrario, lo estaría cumpliendo a cabalidad".

Por lo que hace al argumento esgrimido por las partes en el sentido de haberse dictado el mandamiento de pago no a favor de la entidad ejecutante, que lo es la Empresa de Acueducto de Bogotá, sino a favor del D. C. de Santa Fé de Bogotá, afirma el apoderado de la empresa que fué tema debidamente considerado y resuelto en el auto de noviembre 7 de 1991, sin que contra ese aspecto de la providencia se hubiera recurrido.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Conviene primero una definición sobre la supuesta nulidad que ha formulado en la segunda instancia el señor apoderado de Estruco S. A., con base en que el mandamiento de pago se libró contra una persona inexistente, por cuanto el Consorcio Impregilo S.P.A. – Estruco S. A., como tal carece de personería jurídica.

El artículo 140 del Código de Procedimiento Civil señala de manera taxativa los nechos que constituyen causal de nulidad comunes a todo proceso; el artículo 141 ibídem los complementa con otros, también específicos, que igualmente son causales de nulidad en procesos de ejecución. Cualquier hecho o circunstancia distintos de los previstos en las normas que se acaban de indicar, así como el del inciso segundo del artículo 3o. del mismo Código, no puede tener la fuerza suficiente como para invalidar la actuación.

El hecho que aquí se alega no está comprendido en ninguna de las causales de nulidad, por manera que no procede decretarla.

A continuación entra la Sala a resolver, en un solo auto, en aplicación del principio de economía procesal, los recursos contra las decisiones proferidas por el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales, ocupándose en primer lugar de la apelación interpuesta contra el auto de mandamiento de pago, ya que de prosperar el recurso pondría fín a la ejecución.

1.– EL AUTO DE MANDAMIENTO DE PAGO DE SEPTIEMBRE 30 DE 1991, MODIFICADO PARCIALMENTE EL 7 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO:

Ante todo conviene aclarar que para efectos de la apelación integran el mandamiento de pago las providencias del 30 de septiembre y 7 de noviembre de 1991, habida cuenta que aquélla fué modificada por esta.

Repetidamente se ha dicho que en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, el recurso de apelación tiene como propósito cuestionar los motivos que llevaron al juez a proferir el auto de mandamiento de pago, los cuales se contraen a establecer si el título que presta mérito ejecutivo contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Dentro de este marco analiza la Sala el auto del 30 de septiembre de 1991, modificado parcialmente el 7 de noviembre del mismo año, en virtud de las impugnaciones formuladas, con fundamento en que libra mandamiento de pago contra persona jurídica inexistente; pretende el cobro coactivo a favor de un ente público que no es demandante; no accede a suspender el proceso; y admite unas excepciones sin indicar el efecto.

1.1.– El reparo que se le hace al auto impugnado, consistente en que se libró mandamiento ejecutivo contra un Consorcio, que como tal no existe, cuando ha debido dictarse distinguiendo a cada una de las Sociedades que lo conforman, no es argumento que amerite revocar la actuación del *a-quo* porque éste, de acuerdo con la demanda ejecutiva de mayor cuantía presentada por el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá contra el "Consorcio Impregilo S.P.A. –Estruco Ltda." (fls. 4 a 6), con base en el contrato No. 502 y en las Resoluciones que impusieron las multas, adelantó la correspondiente ejecución consignando en el auto de mandamiento de pago el mismo vocablo empleado en todos los referidos documentos, y luego procedió a notificar la providencia a los integrantes del Consorcio demandado, quienes han tenido las oportunidades para defenderse. De otra parte, si alguna objeción cabría sobre este punto, debió hacerse en la vía gubernativa, conforme al artículo 661, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, además, como se desprende del contrato de obra No. 502 AB–IV–01–A de agosto 29 de 1986, IMPREGILO S.P.A. y ESTRUCO LTDA., "para todos los efectos legales del presente contrato obran en forma solidaria bajo el sistema de Consorcio". (Fl. 18).

1.2.– Poco es lo que cabe agregar a las explicaciones del *a-quo* referentes a que el mandamiento de pago se libra a favor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y no a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, porque el verdadero representante administrativo del ente territorial es el Alcalde Mayor, quien está investido de la jurisdicción coactiva, función que ha delegado en el Tesorero Distrital mediante Decreto 062 de 1992, quién, a su turno, comisiona a los distintos Juzgados de Ejecuciones Fiscales para el cobro coactivo de todas las acreencias.

Solo cabe decir que este argumento es injustificado e intrascendente, pues no se vé como puede verse afectado el impugnante por la circunstancia de que el valor de las multas vaya a engrosar las arcas del Tesoro Distrital, siendo de su resorte interno la distribución de esos dineros entre las

respectivas dependencias. Por tanto, no hay razón para la objeción que se plantea.

1.3.– En cuanto que en la providencia el Juzgado reiteró su decisión de no suspender el proceso, se advierte que obran en el expediente las pruebas sobre la existencia del proceso arbitral y el otro de naturaleza contenciosa que cursa actualmente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra las Resoluciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, finalmente allegadas; pero teniendo en cuenta los lineamientos señalados en el artículo 171, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, es evidente que el juez no puede, con la sola prueba, decretar la medida, haciendo caso omiso del otro requisito que la ley ha querido exigir, consistente en que el proceso que haya de suspenderse debe encontrarse en estado de dictar sentencia, que en el caso contemplado no se cumple, porque la actuación procesal apenas ha comenzado, como que aún no está en firme el auto de mandamiento de pago, recurrido ahora en apelación, que en definitiva es el que va a determinar si el proceso que se adelanta tiene fundamento y de ser ello así, quedaría aún por resolver, en el momento procesal adecuado y por el juez competente, las excepciones previas que, se observa, fueron propuestas contra el mandamiento de pago por los representantes judiciales de Estruco S. A. e Impregilo S.P.A. en escritos obrantes a folios 158 a 159 y 170 a 173, respectivamente.

Por consiguiente, se confirmará la providencia apelada en cuanto resuelve no suspender el proceso.

1.4. En cuanto a que la providencia no indica el efecto en que deben tramitarse las excepciones, baste decir que las que se propongan en proceso de ejecución están sujetas a las ritualidades previstas en los artículos 509 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, distintas de aquellas establecidas para el recurso de apelación y su trámite. Por tanto, nada cabe señalar respecto del efecto, que se predica para el recurso de apelación. (arts. 350 y ss. del C. de P. C.). En el presente caso como las excepciones fueron presentadas ante el Juzgado ejecutor le correspondió a esa Oficina admitirlas, pero su conocimiento no incumbe al juez del proceso sino a la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de la competencia que le atribuyen los artículos 128 y 131 del Código Contencioso Administrativo. La omisión de señalar el mencionado efecto no afecta la validez del mandamiento ejecutivo, ni recorta el derecho de defensa, porque al fin y al cabo es la ley de procedimiento la que regula la materia y a ello deben someterse el juez y las partes.

En síntesis, no son suficientes los argumentos esgrimidos para revocar el auto apelado. Por el contrario, considera la Sala que la demanda presentada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a través de apoderado, con base en el contrato suscrito entre la referida empresa y el Consorcio, y las Resoluciones que impusieron las multas, que se encuentran ejecu-

toriadas y en firme, lo que las hace suficientes por sí mismas para que la Administración pueda adelantar de inmediato las acciones para su cumplimiento, las cuales contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a cargo de las compañías que integran el Consorcio por concepto de unas multas por valor determinado en la cuantía de $975.000 dólares, no sujetas a plazo ni condición, están en perfecta armonía con el auto de mandamiento de pago que el 30 de septiembre de 1991 profirió el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales, que luego modificó parcialmente el 7 de noviembre del mismo año, todo esto en cumplimiento de la comisión que le impartiera la Tesorería Distrital. Por tanto se confirmará.

2. EL AUTO DE 30 DE OCTUBRE DE 1991

Varias son las objeciones que se le hacen a esta providencia: el haber fijado una cuantía excesiva a la caución; el haber modificado el contrato y el texto de las Resoluciones base de la ejecución al ordenar que se preste la caución en su equivalente en pesos colombianos; no resolver todos los recursos y peticiones de los demandados; negar la suspensión del proceso por falta de la prueba que con antelación habían solicitado los demandados; y no revocar el auto de mandamiento de pago, no obstante estar pendiente de resolver el recurso de reposición y presentadas excepciones previas y de mérito.

2.1.- En cuanto a la fijación del monto de la caución, el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil dispone que "... Desde que se formule demanda ejecutiva el ejecutado podrá pedir que no se le embarguen ni secuestren bienes, para lo cual deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale, para garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, o del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuere el caso".

Cuando dicho artículo habla de que el ejecutado deberá prestar caución por el monto que el juez le señale "para garantizar el pago del crédito y las costas", no se ha referido en modo alguno a que el valor de dicha caución debe ser limitado a una parte del crédito. El texto, que debe entenderse en su manera natural y obvia, le otorga facultad al funcionario para calificar y señalar el valor que garantice la totalidad de la suma adeudada, por petición que hace la parte demandada para evitar perjuicios, que no son otros distintos de los de impedir que se le embarguen y secuestren sus bienes.

La caución equivalente al 10%, que los libelistas aseguran debió fijar el funcionario ejecutor, es la que hace relación con la situación prevista en el artículo 513, último inciso, del Código de Procedimiento Civil, en la cual, antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, para que pueda decretarse

el embargo o secuestro de bienes, debe "el ejecutante" prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros equivalente al 10% del valor actual de la ejecución, con el objeto de responder por los perjuicios que se ocasionaren en razón de las medidas cautelares.

No hay duda, entonces, que lejos de haberse excedido el Despacho de primera instancia al hacer uso de la atribución que le confiere el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, fijó la caución de conformidad con la solicitud de la parte demandada y según los parámetros de la demanda ejecutiva, el contrato No. 502 y las Resoluciones dictadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por medio de las cuales impuso una multa y ordenó hacerla efectiva, por valor equivalente a quince mil dólares (US$15.000) diarios por cada uno de los sesenta y cinco días de retardo en el cumplimiento del plazo contractual, multas que luego de realizada la operación aritmética arrojan un total de US$975.000 dólares, valor igual al de la caución señalada por el *a-quo* para garantizar el capital de la obligación.

2.2. Respecto de la garantía, que con vigencia de dos años deben otorgar las ejecutadas para cubrir la obligación en dólares, el Juzgado al fijar el monto en su equivalente en pesos colombianos no está interpretando adecuadamente la solicitud, puesto que la equivalencia es la forma como está expresada en la providencia que se impugna haría más gravosa la situación de quien otorga la caución por la imposibilidad de mantener el valor de la garantía frente a la obligación en dólares, en razón de la constante desvalorización de la moneda colombiana. Por manera que sólo si dicha caución se hiciera efectiva es que podría reclamarse, en ese momento, su valor en el equivalente en pesos colombianos.

De acuerdo, entonces, con lo dicho en los puntos 2.1 y 2.2., se confirmará el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia impugnada, en cuanto fijó el monto de la caución ofrecida en la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOLARES, y se modificará el mismo numeral en el sentido de suprimir de su texto "en su equivalente en pesos colombianos".

2.3. En cuanto al reparo que se hace a la providencia, consistente en que no resolvió todos los recursos y peticiones que fueron formulados por los distintos demandados, carece de fundamento.

En efecto, cuando los señores apoderados de Estruco S. A., de Impregilo S.P.A. y de la Compañía Granadina de Seguros S. A. interpusieron los recursos de reposición contra el auto de mandamiento de pago, los dos primeros solicitaron la suspensión del proceso con fundamento en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y la fijación de la cuantía para efectos de constituir la garantía bancaria. Asímismo, los representantes judiciales

de Estruco S. A. e Impregilo S.P.A. propusieron excepciones previas y de mérito (Fls. 146 a 147; 158 a 159 y 165 a 173).

Por razones que el Juzgado debió estimar convenientes, que la Sala respeta, decidió separadamente sobre los asuntos de su competencia, atendiendo primero a las solicitudes de suspender el proceso y de fijar la cuantía de la caución, como en efecto lo hizo mediante auto calendado a 30 de octubre de 1991 (fl. 175). Y luego resolvió los recursos de reposición contra el mandamiento de pago en auto proferido el 30 de septiembre de 1991, que modificó parcialmente el 7 de noviembre de 1991 (fls. 94 y 187 A.). Ese proceder a juicio de la Sala no viola la garantía del debido proceso, por manera que no aparece motivo para modificar el auto recurrido. En cuanto a las excepciones planteadas, por no ser de su resorte, mal podría el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales hacer pronunciamiento alguno.

2.4.– Respecto de la inconformidad que han manifestado los recurrentes ante la negativa del Juzgado a suspender el proceso por falta de la prueba pertinente, basta advertir que conforme al artículo 171, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, es viable decretar esta medida mediante la prueba de la existencia del proceso que la determine y una vez se encuentre el asunto en estado de dictar sentencia. Aún en el evento de que la prueba de la existencia del proceso contencioso administrativo contra las Resoluciones que en el presente integran el título ejecutivo hubiese sido aportada con antelación al 30 de octubre de 1991, es decir, a la época en que el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales dictó el auto que ahora se examina, como no se había alcanzado en ese momento la etapa procesal que la norma precitada exige, tampoco era factible decretar la suspensión.

Pero teniendo en cuenta que esta decisión fué recurrida, la examina la Sala para hacer énfasis en que no obstante existir ahora la prueba del proceso contencioso administrativo contra las Resoluciones que en este asunto constituyen el título ejecutivo, no puede ser tenida en cuenta en esta instancia por haber sido aportada durante el trámite de la apelación. Además, no se encuentra aún el proceso en estado de dictar sentencia y, por tanto, no es posible la suspensión del mismo, como así habrá de disponerse.

2.5.– Por último, no es de recibo para impugnar el auto de 30 de octubre de 1991, el argumento consistente en que debió revocarse el mandamiento de pago y como corolario lo pertinente a la caución pues estaban pendientes los recursos de reposición y presentadas las excepciones, entre ellas la de proceso pendiente que el libelista estima probada, porque, se repite, la providencia que aquí se impugna resolvió únicamente lo concerniente a la suspensión del proceso y a la fijación de la cuantía de la caución en virtud de la solicitud y ofrecimiento de las partes afectadas en este proceso; mientras que los recursos de reposición contra el mandamiento ejecutivo fueron decididos mediante proveído calendado el 7 de noviembre de 1991. Y en cuanto a las

excepciones es competente el Consejo de Estado en única instancia conforme al numeral 13 del artículo 128 del C.C.A., modificado por el artículo 2o. del decreto 597 de 1988 y sólo él puede determinar, en el momento adecuado, la procedencia de las excepciones.

Por todo lo dicho, se modificará el auto de 30 de octubre de 1991 en su numeral tercero, en el sentido de suprimir de su texto "en su equivalente en pesos colombianos".

3.– LA SOLICITUD DE SUSPENSION DEL PROCESO:

Los señores apoderados de Estruco S. A. e Impregilo S.P.A., en la segunda instancia, en escritos obrantes a folios 203 y 209, respectivamente, renuevan su petición de suspender el proceso con fundamento en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en razón de cursar actualmente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proceso de nulidad contra las resoluciones que en el presente integran el título ejecutivo. Y además porque para dirimir el conflicto entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y el Consorcio, se ha constituído Tribunal de Arbitramento que también debe ser tenido en cuenta para estos efectos.

Al respecto se tiene que según el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil "... Corresponderá al juez que conoce del proceso, resolver sobre la procedencia de la suspensión...", lo que significa que esta Corporación carece de competencia aunque se esté en oportunidad de hacerlo, por tanto la Sala debe abstenerse de pronunciarse respecto de esta nueva solicitud.

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

RESUELVE

1o. Denegar la nulidad solicitada por el apoderado de ESTRUCO S.A. por las razones expuestas.

2o. Confirmar en todas sus partes el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales el 30 de septiembre de 1991, el cual fue modificado parcialmente mediante proveído del 7 de noviembre de 1991 del mismo Despacho.

3o. Confirmar los numerales primero y segundo del auto proferido el 30 de octubre de 1991 por el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales.

4o. Confirmar el numeral tercero del auto de fecha octubre 30 de 1991 en cuanto a la cuantía de la caución y los términos de su vigencia y modificar el mismo numeral en el sentido de suprimir de su texto "en su equivalente en pesos colombianos".

5o. Declararse inhibido, por falta de competencia, para decidir la suspensión del proceso aducida en esta oportunidad.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDANTE/PRUEBAS–Oportunidad/**FIJACION EN LISTA/DEMANDADO**

El demandante dispone de dos oportunidades para aportar pruebas y para pedir la práctica de las mismas, así: al presentar la demanda y con el escrito de aclaración o corrección de la misma. El demandado, en cambio, únicamente podrá solicitar pruebas al contestar la demanda dentro del término de fijación en lista.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0606. Actor: Jorge Eugenio Ferro Triana.

Se decide el recurso de súplica invocado oportunamente por el señor apoderado del demandante para impugnar el auto proferido en este proceso el 28 de febrero del año en curso, en cuanto no se decretaron pruebas, así:

"2.– No se decretan por extemporáneas, las pruebas relacionadas por el actor en el escrito presentado en la secretaría el 26 de febrero del año en curso (fls. 115 a 117) o sea dentro del término de fijación en lista".

ANTECEDENTES

Con escrito presentado dentro del término de fijación en lista (fls. 115, 116 y 117) – febrero 26 – el señor apoderado judicial del demandante

pidió " ... que se decreten y tengan como pruebas, por ser conducentes y orientadas a probar los hechos de la demanda, los siguientes documentos: ...", y enumeró solicitudes de inscripción de las candidaturas de los señores Julio Bahamón Vanegas y Jorge Eugenio Ferro Triana a la Cámara de Representantes, constancia de aceptación y las actas de inscripción correspondientes; acta parcial de escrutinios de la circunscripción electoral del Huila de los resultados de las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991 (formulario F-23); fotocopias autenticadas del contrato de obras públicas No. 007 de 1990 con el Instituto de Desarrollo Municipal del Huila con sus correspondientes anexos y documentos relacionados con el cumplimiento del contrato y vigencia del mismo; ordenanzas 01 y 06 de 1972 y 1973, respectivamente, de la Asamblea Departamental del Huila y Decreto 305 de 1982 de la Gobernación del mismo Departamento; contrato celebrado entre el Himat y el Consorcio Cimelec Ingenieros Ltda. de fecha 8 de enero de 1991; del documento de cesión del anterior contrato y documentos relacionados con el mismo.

EL AUTO SUPLICADO

En cuanto a lo que es objeto de la inconformidad del recurrente, el auto suplicado se limitó a no decretar las pruebas que han quedado mencionadas por haber sido pedidas extemporáneamente " ... o sea dentro del término de fijación en lista".

EL RECURSO

Partiendo de la base de que las pruebas rechazadas son conducentes de acuerdo con la preceptiva de los artículos 56, 57 y 166 del C.C.A., en concordancia con el artículo 176 del C. de P. C., advierte que por " ... lealtad profesional hacia la parte demandada ..." en el libelo demandatorio anunció que dentro del término de fijación en lista solicitaría las pruebas tendientes a demostrar que el doctor Julio Bahamón Vanegas era inelegible en los comicios del 27 de octubre de 1991 " ... por tener celebrados contratos con establecimientos públicos del Departamento del Huila como el Instituto de Desarrollo Municipal del Huila (IDEHUILA) y con otras entidades estatales como Himat contratos vigentes en la fecha de su elección como representante a la Cámara ..." y aún con posterioridad.

Así que las pruebas rechazadas en el auto suplicado fueron anunciadas, pruebas que demuestran " ... en forma impresionante. los hechos de la demanda..." y "... que el demandado pudo conocer oportunamente los propósitos, claros e inequívocos del actor".

El rechazo de las pruebas en la forma que lo hace el auto suplicado " ... significaría que el apoderado incurrió en desidia, negligencia, culpa o descuido atribuibles presuntamente a irresponsabilidad o ignorancia".

Del auto recurrido resulta " ... que la impropiedad o inoportunidad de la petición de las pruebas conduce, según esa lógica, a la denegación de las mismas por extemporaneidad", lo cual resulta inexacto, conforme a la verdad procesal. Lo cierto es que las pruebas pedidas en el término de fijación en lista fueron anunciadas en el libelo de la demanda y fueron obtenidas " ... después de ímprobos trabajos y dispendiosa labor de investigación probatoria" y el trámite del proceso ha sido cuidado " ... con dedicación constante y hasta con amororos y persistentes esfuerzos ... como es nuestra costumbre y complace al cumplimiento del deber".

La extemporaneidad predicada en la decisión recurrida está basada "... en una circunstancia impredecible o imprevista para la parte actora....", como lo es la aplicación del artículo 137 del C.C.A., ajeno a la normatividad del capítulo IV título XVI que rige el trámite del proceso electoral, disposición que hace referencia a requisitos puramente formales " ... de la demanda en los juicios ordinarios de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa", cuando el demandante se ciñó a la aplicación del numeral 4o. del artículo 233 del citado Código, aplicable al juicio especial de nulidad electoral y redactando en forma clara. De ahí que la " ... providencia inesperada, como que causa asombro por lo discriminatoria y unilateral frente al ejercicio profesional "pulcro, responsable y digno". La providencia en cuestión es contraria a decisiones anteriores de la Sección Quinta del Consejo de Estado, por manera que el " ... cambio o alteración de la norma que rige la materia modifica la regla y produce consecuencias con perjuicio visible y notorio para la parte demandante" porque quebranta de manera sorpresiva el principio de la igualdad procesal " ... en el concurso de las pruebas, y particularmente respecto a la oportunidad para solicitarlas y producirlas". De ahí que " ... revisar, reparar o reestudiar las fuentes jurídicas en casos como éste parece consejo prudente de la sabiduría judicial", que es lo que se busca a través del recurso de súplica propuesto " ... para que no rija, de la noche a la mañana, un derecho cambiante, circunstancial y espacioso". De lo contrario los términos de la sentencia predecible justificaría el abandono de la causa.

La realidad es que en el caso están garantizados los principios de publicidad y contradicción puesto que la demanda fué notificada en forma legal y el edicto notificatorio publicado en dos diarios de amplia circulación nacional. De ahí que resulte lesionado el principio de la igualdad de los medios de prueba cuando, como en el caso que motiva el recurso de súplica, se niegan pruebas anunciadas y pedidas en la oportunidad legal al tiempo que la contraparte puede proponer excepciones con pruebas incontrovertibles. En el caso de autos la desigualdad en la que se coloca al demandante con la interpretación que hace el auto recurrido de la oportunidad para aportar pruebas es inaceptable e incomprensible.

Sobre el alcance del artículo 238 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1939; el Consejo de Estado se pronunció a través de la Sala Contencioso Electoral en providencia del 30 de octubre de 1986 "... suscrita por sus siete (7) integrantes, sin salvamento de voto..." cuando revocó por virtud del recurso de súplica el auto proferido por el Consejero Doctor Joaquín Vanín Tello el 22 de mayo de 1986 en el expediente E–013. De acuerdo con tal decisión, que fué posteriormente acogida por la Sección Quinta de la misma Corporación –sentencia septiembre 25 de 1989– expediente 0323, del contenido del numeral 4o. del artículo 233 del C.C.A. se entiende que dentro del término de fijación en lista tanto demandante como demandado pueden pedir y aportar pruebas. Insiste el apoderado del recurrente en que la providencia de octubre 30 de 1986 "... está suscrita sin salvamento de voto alguno por sus siete (7) integrantes de entonces...".

Hace la comparación del texto del artículo 233 anterior a la expedición del Decreto 2304 de 1989 con el texto que de dicha norma quedó luego de la modificación introducida por el artículo 60 de dicho Decreto, para concluír afirmando en lo que atañe al motivo de inconformidad para haber interpuesto el recurso de súplica, lo siguiente:

> "Sobre el punto o aspecto materia de la súplica queremos destacar que el numeral 4o. del vigente artículo 233 del Código Contencioso Administrativo al disponer que los procesos electorales se fijen en lista por tres (3) días agrega: *'Con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y pedir pruebas'*. Mientras el texto que lo antecedió, una vez se refiere a la fijación en lista, establecía que el auto admisorio de la demanda debería disponer: '3. La prevención de que durante el término (el de la fijación en lista) podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas'. (El paréntesis es del memorialista).
>
> En puridad de verdad, vistos los textos y analizada la redacción en su forma y espíritu, no existe diferencia alguna entre la norma que nos rige y la modificada por el decreto 2304 de 1989 Ambas son genéricas e impersonales toda vez que *lejos de singularizar el derecho de pedir pruebas durante la fijación en lista en favor del demandado* lo refiere a las partes contendientes. El idioma en su acepción natural y obvia, pluraliza, por lo cual, ciertamente, también el actor demandante puede ejercitar igual derecho, tal como lo ha venido aplicando la Sala Electoral del H. Consejo de Estado. En ninguna parte puede leerse o apreciarse que sólo el demandado puede pedir pruebas durante la fijación en lista. Por lo mismo tienen plena y absoluta vigencia las decisiones de la Sala Electoral, Sección Quinta, de fecha 30 de octubre de 1986 y 25 de septiembre de 1989, antes transcritas con la misma rigurosa fidelidad. Es por ello por lo que con todo encarecimiento solicito se revoque la providencia que denegó las pruebas solicitadas por la parte actora y, en

consecuencia, se concedan y decreten por ser conducentes y haber sido solicitadas dentro del término previsto en la ley". (fl. 235 y 236).

Lo dispuesto en el artículo 236 del C.C.A., segundo inciso, reafirma, dice el recurrente, la posibilidad de que las partes y el agente del Ministerio Público puedan pedir pruebas en el término de fijación en lista. No otra cosa se desprende de la redacción que finalmente quedó del numeral 4o. del artículo 233, a raíz de la modificación introducida por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989.

Las pruebas denegadas "... fueron indicadas con claridad en la corrección de demanda y anunciadas en el libelo de la misma" con redacción nítida y tan explícita "... que la parte demandada pudo conocer, y ciertamente conoció, la intención real de las pruebas y el alcance de las mismas", lo que indica que el apoderado del actor actuó "... con absoluta responsabilidad profesional, consciente de sus obligaciones y de conformidad con sentencias y decisiones de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado", ajeno a la posibilidad de que al trámite del proceso electoral, que se rige por normas especiales, le fuera aplicada una norma propia para el trámite del procedimiento ordinario. Resulta "... un contrasentido y manifiesta injusticia...", sancionar a la parte actora cuando ha cumplido con el deber actuando "... en armonía con el derecho y la praxis, según jurisprudencias, sentencias y doctrinas del H. Consejo de Estado".

Insiste en la revocatoria del auto suplicado para que se decreten las pruebas negadas en él.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Esta Sala de Decisión al resolver caso idéntico en el expediente 0653, expuso las razones por las cuales considera aplicable al proceso contencioso electoral el numeral 5o. del artículo 137 del C.C.A.; también aquéllas por las cuales entiende que el término de fijación en lista, de que trata el numeral 4o. del artículo 233 del C.C.A., se refiere a la oportunidad del demandado para aportar y pedir se decreten y practiquen pruebas. Por esa razón para decidir este recurso de súplica, se remite a lo expresado en su providencia fechada el 5 de los corrientes, del siguiente tenor, en lo pertinente:

"Como bien se ve, la providencia suplicada denegó las pruebas que se especificaron en acápite anterior, sobre la base de haber sido aportadas unas y pedidas otras extemporáneamente, dentro del término de fijación en lista señalado en el numeral 4o. del artículo 233 del C.C.A.. Aunque expresamente no lo dice la providencia objeto del recurso, se deduce que al haber sido decretadas las pruebas '... acompañadas con la demanda...' es porque el autor

de la misma entendió que la oportunidad para que el demandante aporte y pida la práctica de pruebas es la señalada en el numeral 5. del artículo 137 del C.C.A.

La Sala de Decisión comparte este criterio, por las siguientes razones:

La introducción en el actual Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984– de la preceptiva contenida en el artículo 137 del C.C.A., en el sentido de que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá contener 'la petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer;' vino a llenar el vacío que sobre la materia existía en las normas de procedimiento aplicables a los procesos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, la Ley 167 de 1941 –antiguo Código Contencioso Administrativo– nada disponía sobre la oportunidad del demandante para presentar y pedir la práctica de pruebas. En su artículo 84, referente a los requisitos de la demanda –no se ocupaba de pruebas. Tampoco lo hacía el artículo 128 que disponía que hasta hasta el último día de fijación en lista podía aclararse o corregirse la demanda.

Para llenar este vacío, puesto que al demandante no se le podía negar su derecho a aportar pruebas y a pedir la práctica de ellas, conforme a la garantía del debido proceso, se acudió al expediente de hacer extensivo al demandante el derecho reconocido al Ministerio Público y a los coadyuvantes e impugnadores de pedir en el término de fijación en lista '... la práctica de pruebas...'. No otra cosa se desprende del texto del auto proferido por Consejero integrante de la Sala de Negocios Generales el 19 de julio de 1961, del siguiente tenor:

> 'No es posible aceptar que entre las ordenaciones del artículo 84 sobre la contención del libelo de demanda, y concretamente en su ordinal 2o, 'lo que se demanda', pueda considerarse que el actor tiene allí la facultad de pedir pruebas, pues 'lo que se demanda' es un derecho sujeto posteriormente a comprobación y dentro del término que para ello debe fijar la ley. Posteriormente a la demanda, el Juez recibe la causa, a prueba para que las partes pidan las que sean conducentes a la demostración de sus derechos. El término para tal cosa se divide en dos períodos: el primero para pedir las pruebas y el segundo para practicarlas. Este es el principio general aceptado para los juicios ordinarios en el Código Judicial; y también lo es para los mismos juicios en la jurisdicción contencioso administrativa, como adelante se verá.
>
> Descontado que sea en la demanda donde se puedan pedir las pruebas y siguiendo una hermenéutica jurídica que divida el proceso convenientemente, conforme al principio de la preclusión, el Consejo de tiempo

atrás ha venido dando –a falta de una disposición más concreta– al artículo 126 del C.C.A. (numeral 3o.) la interpretación de que durante la fijación en lista que allí se ordena: tanto las partes como los opositores y coadyuvantes debe solicitar la práctica de pruebas'. (Anales 1961– tomo 63 pág. 192).

Más tarde, el 22 de junio de 1972, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, refiriéndose a la interpretación jurisprudencial contenida en el auto anterior, dijo:

'Y esa interpretación es racional porque en caso contrario el demandante no tendría una autorización expresa para hacer valer su derecho. Pero esa generalizada interpretación no puede continuar, porque el artículo 282 del C.C.A., sobre reenvío legal, al disponer 'que los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil' está indicando claramente que debe darse aplicación al artículo 77 del C.P.C., sobre inclusión de la prueba con la demanda. Sin perjuicio de que el demandante pueda también hacer uso del término probatorio previsto en el ordinal 3o. tantas veces citado. Este sistema tiene la ventaja de la lealtad procesal con el Ministerio Público porque en el momento de pedir pruebas tendría la oportunidad de hacerlo sobre algunos hechos ya conocidos y nunca sería sorprendido en su labor de defensa de la sociedad'. (Anales 1972– Primer Semestre– Tomo 82 pág. 538).

Ciertamente, desde un comienzo debió aplicarse el artículo 77 del C. de P.C. para llenar el vacío como claramente lo ordenaba el artículo 282 de la Ley 167 de 1941, como se expresa en el último auto transcrito. También cabía aceptar que el demandante aportara y pidiera la práctica de pruebas en el término de fijación en lista, siempre y cuando fueran aportadas y pedidas con el escrito de aclaración o corrección de la demanda, pues, como se dijo, el artículo 128 de la citada Ley 167 de 1941 disponía que 'Hasta el último día de fijación en lista puede aclararse o corregirse la demanda por el actor...'.

Pero, al haber desaparecido el vacío a partir de la expedición del Decreto 01 de 1984, en cuyo artículo 137 numeral 5., se señala la oportunidad para hacer la petición de pruebas que '... pretende hacer valer...'; desapareció la posibilidad para éste –el demandante– de aportar y pedir la práctica de pruebas con posterioridad a la presentación de la demanda o a la corrección de la misma, lo que debe hacerse '... antes de que quede en firme el auto que la admita', contrariamente a lo que sucedía bajo el régimen procesal anterior que, como se dijo, autorizaba que la aclaración o corrección de la demanda se hiciera hasta el último día de fijación en lista.

Es cierto, como lo indica el recurrente, que el proceso contencioso electoral se rige por preceptiva de carácter especial. Sin embargo, de esa

premisa no puede deducirse la inaplicabilidad del artículo 137, numeral 5., a dicho proceso. Menos aún deducir del texto del inciso primero del numeral 4. del artículo 233 que el término de fijación en lista es común al demandante y al demandado para solicitar pruebas, entre otras razones, porque del segundo inciso del artículo 236 ibídem se desprende que la petición de pruebas debe hacerse en la demanda o en el término de fijación en lista, en la demanda para el demandante como lo dispone el citado artículo 137, y para el demandado en el término de fijación en lista como lo ordena el mencionado artículo 233 numeral 4.

De lo expuesto resulta que el demandante dispone realmente de dos oportunidades para aportar pruebas y para pedir la práctica de las mismas, así: al presentar la demanda y con el escrito de aclaración o corrección de la misma. El demandado, en cambio, únicamente podrá solicitar pruebas al contestar la demanda dentro del término de fijación en lista. Y si bien es cierto que los terceros intervinientes para prohijar u oponerse a las pretensiones de la demanda pueden ser admitidos '... hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar', para aportar y pedir pruebas están igualmente limitados al término de fijación en lista, pues de lo contrario se haría imposible el cumplimiento de los términos perentorios que garantizan la celeridad del proceso electoral, inspirado en la necesidad de asegurar la certeza del resultado de las elecciones y nombramientos, como base para el funcionamiento del sistema democrático de gobierno. Principio que inspira igualmente la brevedad del término de caducidad para impugnar la legalidad de los actos de elección y nombramiento. También, porque la eficacia de la prueba depende de su publicidad y contradicción, como lo admiten los doctrinantes. Además, porque el principio de la lealtad procesal impone el derecho de las partes a conocer oportunamente las pruebas para aducir también oportunamente los medios de defensa oponibles a ellas. Para garantizar este principio no es suficiente anunciar en la demanda que se aducirán ciertas pruebas o medios de prueba, es necesario aportarlas oportunamente y pedir las que se pretenden hacer valer. Y como ha quedado expresado, las oportunidades del demandante son al presentar la demanda y al aclararla o corregirla, y para el demandado durante el término de fijación en lista.

Consecuentemente con lo que ha quedado expresado, esta Sala de Decisión no está de acuerdo con las decisiones adoptadas por la Sala Contenciosa Electoral en auto del 30 de octubre de 1986 Exp. E-013, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1989, expediente 0323. En cambio, comparte las razones que indujeron al Consejero Doctor Miguel Betancourt Rey a salvar el voto en el auto del 30 de octubre de 1986. Queda así recogida la jurisprudencia expresada en estas providencias".

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE

1o.– Confirmar el auto suplicado de fecha 28 de febrero del año en curso, en cuanto denegó por extemporáneas pruebas solicitadas por la parte actora.

2o.– En firme esta providencia vuelva el expediente al Despacho del señor Consejero conductor del mismo para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, con Salvamento de Voto; *Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/PRUEBAS–Práctica/**DEMANDA**–Oportunidad/**PRINCIPIO DE IGUALDAD**/(Salvamento de Voto)

De verdadera trascendencia para dilucidar la cuestión es la confrontación que corresponde hacer de la oportunidad del demandante para solicitar pruebas en el término de fijación en lista con los principios rectores del proceso, derivados de los derechos constitucionales fundamentales de la igualdad de todas las personas frente a la Constitución y la ley, que se traduce en la igualdad de oportunidades para postular y recurrir, y de ser juzgado con el debido proceso. Si la igualdad resulta, en el caso en examen, de la igualdad de oportunidades de las partes para pedir pruebas, sin duda que la del demandante en el término dicho no quebranta ese equilibrio. Los hechos de la demanda circunscriben, delimitan, el ámbito de la controversia judicial y son conocidos del demandado con toda precisión desde la notificación que se le hace del auto admisorio de la demanda. –No altera la igualdad de las partes el que se soliciten las pruebas en la demanda o en pliego posterior presentado durante la fijación en lista, pues la posible defensa del demandado consistirá en contraprobar esos hechos, que no las pruebas, o en excepcionar.

Salvamento de Voto.–

Referencia: Expediente No. 0606. Actor: Jorge Eugenio Ferro T.

Con todo comedimento me aparto del criterio acogido por la mayoría de la Sala de decisión en el caso en examen, sustentando mi disentimiento en los argumentos que consigné en el proyecto que rechazó la Sala, así:

Hago mío el criterio, respecto de la oportunidad del demandante en el término de fijación en lista para solicitar pruebas, acogido en proveído de la

antigua Sala Contencio Electoral con fecha 30 de octubre de 1986 (Exp. E-013, ponencia del H. Consejero Gaspar Caballero Sierra), que compartió y reafirmó esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo en fallo que profirió en el proceso a que dio lugar la demanda de nulidad de elección del Dr. Jaime Pumarejo Certain como Alcalde de Barranquilla para el período 1988-1990 (Exp. No. 323, Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez).

Esta identidad de criterio resulta, no sólo de compartir los argumentos que entonces llevaron a la conclusión dicha sino, y muy especialmente, de encontrar la oportunidad reconocida al demandante, para solicitar pruebas en el término de fijación en lista, antes que contrariar derechos constitucionales fundamentales del demandado, permiten encausar el proceso electoral en orden a revestirlo de eficacia, superando las limitaciones que surjen de su característica brevedad en el término de caducidad para incoar la acción y librándolo de formalismos derivados de la interpretación meramente exegética de las normas de procedimiento.- De ese modo se satisface al principio de la prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia (Art. 228 de la Carta Política y 4o. del C. de P. C.), y también la finalidad especialísima del proceso electoral, que además de atender a la salvaguarda de la legalidad, como las restantes acciones de lo contencioso administrativo, busca depurar la elección política de los reparos de orden jurídico que puedan poner en tela de juicio la legitimidad de la credencial de los elegidos, generando factores de desobediencia civil contrarios a las instituciones democráticas y a la misma armonía ciudadana.

Sea lo primero decir, en efecto, que carece de importancia la distinción que se pretende, desde el punto de vista meramente literal, entre el ordinal 3o. del subrogado artículo 233 del C.C.A. y el numeral 4o. de la norma subrogativa, pues decir que "durante ese término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas", sin duda que equivale a expresar "... que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas...". -Deducir distintos al cambio de posición del acusativo del pronombre reflexivo de tercera persona "se", es alarde de análisis sintáxico sin implicaciones jurídicas.-

Por el contrario, de verdadera trascendencia para dilucidar la cuestión es la confrontación que corresponde hacer de la oportunidad del demandante para solicitar pruebas en el término de fijación en lista con los principios rectores del proceso, derivados de los derechos constitucionales fundamentales de la igualdad de todas las personas frente a la Constitución y la Ley, que se traduce en la igualdad de oportunidades para postular y recurrir, y de ser juzgado con el debido proceso-. Precisamente, porque los contradictores de la tesis que ha venido sosteniendo la Corporación afirman que reconocer al demandante esa segunda oportunidad para solicitar pruebas rompe la igualdad de las partes en la litis y distorsiona el alcance y finalidad

del término de fijación en lista, establecido exclusivamente –agregan– en favor del demandado–.

Pero si la igualdad procesal resulta, en el caso en examen, de la igualdad de oportunidades de las partes para pedir pruebas, sin duda que la del demandante en el término dicho no quebranta ese equilibrio. –En efecto, son los hechos de la demanda el supuesto de las normas que se alega vulneradas con la elección acusada y, por ende, el objeto respecto del cual debe aducir el actor –además de la amplia iniciativa oficiosa que las normas procesales dan al juez para investigar y decretar las pruebas– los medios de convicción que lo acrediten–.

Esos hechos circunscriben, delimitan, el ámbito de la controversia judicial y son conocidos del demandado con toda precisión desde la notificación que se le hace del auto admisorio de la demanda. –No altera la igualdad de las partes el que se soliciten las pruebas en la demanda o en pliego posterior presentado durante la fijación en lista, pues la posible defensa del demandado consistirá en contraprobar esos hechos, que no las pruebas, o en excepcionar–. Por lo demás, de llegar el actor a solicitar medios probatorios ajenos a la causa petendi, habría para el juez la obligación de rechazar su decreto y práctica por inconducentes, máxime porque, como lo expresa el artículo 178 del C.P.C., "las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso...". –No cabe, entonces, la prueba sorpresa, mantenida oculta hasta última hora, pues el demandado conoce lo que está por demostrar.– Además, lo esencial a los medios de prueba son su publicidad, la posibilidad de su controvertimiento y la lealtad en su aducción, requisitos que en nada se afectan con la posibilidad reconocida al demandante de solicitar pruebas en el término de fijación en lista–. Lo primero, en efecto, resulta a partir de la notificación del decreto de pruebas; lo segundo puede darse, de pretenderlo el demandado, durante la práctica de la prueba decretada–.

La deslealtad en la prueba sólo podría presentarse cuando se aduzcan medios encaminados a ocultar o deformar la realidad, para inducir al juez a engaño, solicitud que estaría en contravía de la prueba que debe darse de los fundamentos de hecho del petitum, marco delimitante de la contención y de la prueba, se repite, y, por ende, inadmisible por impertinente–.

Resta observar que la diferencia que la antigua Sala Contenciosa Electoral y esta Sección anotaron al comparar los textos de los originales artículos 207 y 233 del C.C.A., y que subsiste en los Arts. 46 y 60 del Decreto 2304 de 1989, en cuanto el primero precisa que el término de fijación en lista puede ser aprovechado exclusivamente por el demandado o los intervinientes para contestar la demanda, "... y solicitar la práctica de pruebas...", en tanto el numeral 4o. de la norma últimamente citada no restringe la utilización de ese término al demandado y los intervinientes, encuentra explicación que dimana del extrecho término para proponer la acción electoral. Son sólo

veinte (20) días a partir de la notificación del acto de elección o nombramiento, mientras las demás acciones contencioso administrativas tienen término para proponerlas, de cuatro (4) meses la de restablecimiento del derecho, dos (2) años la de reparación directa, y no caduca la de simple nulidad, dándose así gran amplitud, a quien pretende demandar, para aparejar su solicitud de pruebas desde el momento de incoar la acción.–

En estos términos dejó plasmado mi disentimiento, por cierto muy respetuoso con el criterio de la mayoría de la Sala, acerca de la cuestión en examen.–

Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Amado Gutiérrez Velásquez.

MANDAMIENTO DE PAGO/EXCEPCIONES/PRESCRIPCION/OBLIGACION ADUANERA

De acuerdo con el artículo 2535 del Código Civil, norma de carácter general, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones y se cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. El artículo 6 numeral 4 del Decreto 2666 de octubre de 1984, consagra la prescripción como una de las formas de extinguir las obligaciones tributarias aduaneras señalando en su parágrafo único el término de cinco años contados a partir del nacimiento de aquéllas para que opere ese fenómeno jurídico.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo dieciseis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0181. Jurisdicción-Coactiva Acumulación. Actor: La Nación C/Libardo Aristizábal Ochoa.

Decide la Sala la excepción propuesta por la parte demandada en los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

La Aduana Interior de Medellín produjo las resoluciones números 430, 431 y 439 fechadas el 27 de junio y 9 de julio de 1985, (fls. 2, 14 y 26) respectivamente, mediante las cuales dispuso el cobro del valor de cuentas adi-

cionales por derechos de Aduana y Proexpo a cargo de LIBARDO ARISTIZABAL OCHOA, por nacionalización de mercancía amparada con los manifiestos de importación números 05931, 05129 y 09154 de fechas junio 15, mayo 23 y agosto 19 de 1985, resoluciones que al cumplir el trámite administrativo de notificación, adquierieron firmeza y se hicieron exigibles.

Con base en dichos actos, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales en providencia de fecha 19 de noviembre de 1985, libró en favor del Tesoro Nacional y contra el señor LIBARDO ARISTIZABAL OCHOA, orden de pago ejecutivo por la suma de un millón seiscientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y seis pesos ($1.665.966) moneda corriente y por los intereses y costas que se causaren.

En proceso separado y de acuerdo a la resolución No. 0470 de julio 25 de 1985 expedida por la Aduana de Medellín por los mismos conceptos anteriores, el citado Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales en auto calendado el 14 de noviembre de 1985, libró mandamiento de pago a favor del Tesoro Nacional y contra el mismo LIBARDO ARISTIZABAL OCHOA, por la cantidad de un millón cuatroscientos cincuenta y dos mil ciento noventa y seis pesos ($1.452.196.oo) moneda corriente más intereses y costos que se causaren.

Las dos providencias que ordenan el pago fueron notificadas al demandado, aunque en actos separados, el 1 de noviembre de 1991 (fls. 072 y 115).

En escritos igualmente separados (fls. 073 y 116), el ejecutado por medio de apoderado y en oportunidad legal, propuso excepción de caducidad de la acción para el cobro ejecutivo, contra los mandamientos de pago, librados en los dos procesos que fueron acumulados mediante providencia del 21 de noviembre de 1991 (fl. 117), presentando para ambas excepciones, similar argumentación, consistente en que la acción para el cobro por la Jurisdicción Coactiva prescribe en cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que impuso la obligación, caducidad o prescripción que no se interrumpió conforme al artículo 90 del C. de P. C.

Agotado el trámite del incidente de excepciones sin que las partes presentaran alegaciones, la Sala para resolver hace las siguientes y breves

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 2535 del C.C., norma de carácter general, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones y se cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

El artículo 6 numeral 4 del Decreto 2666 de octubre de 1984, consagra la prescripción como una de las formas de extinguir las obligaciones tributarias aduaneras señalando en su parágrafo único el término de cinco (5) años contados a partir del nacimiento de aquéllas para que se opere ese fenómeno jurídico.

Esta norma era la vigente al momento en que se hicieron exigibles las obligaciones contenidas en las resoluciones que conforman los títulos ejecutivos en estos procesos acumulados.

Ahora bien, a pesar de que el apoderado del demandado le da una indebida calificación a la excepción, es indudable que la propuesta es la de prescripción de la acción ejecutiva, circunstancia que se infiere del supuesto fáctico en que se sustenta la solicitud. Esa omisión no debe interpretarse como un impedimento jurídico para que el derecho sustancial invocado, o sea la prescripción extintiva tenga su debida aplicación frente a dicho supuesto y si de su análisis se encuentra que se haya probada, así se declare. (...).

Las resoluciones Nos. 0430 y 431 del 27 de junio de 1985, se notificaron por edicto el 14 de agosto siguiente, siendo desfijados el 28 de los mismos mes y año a las 6 p.m. (fls. 12 y 24), por tanto al no ser recurridas dentro de los cinco (5) días siguientes, quedaron ejecutoriadas y fueron exigibles el 4 de septiembre de 1985,, fecha en que empezó a contabilizarse el tiempo de cinco (5) años de prescripción habiendo corrido ininterrumpidamente hasta el 4 de septiembre de 1990.

La resolución No. 0439 del 9 de julio de 1985, se notificó por edicto el 14 de agosto siguiente y se desfijó el 25 del mismo mes y año a las 6 p.m., al no ser recurrida dentro de los cinco (5) días siguientes, adquirió firmeza y fué exigible el 4 de septiembre de 1985, fecha a partir de la cual empezó a correr el término de cinco (5) años de prescripción, los que transcurrieron ininterrumpidamente hasta el 4 de septiembre de 1990.

La resolución No. 0470 del 25 de julio de 1985, se notificó por edicto el 26 de agosto de 1985, a las 8 a.m. y se desfijó el 9 de septiembre siguiente a las 6 p.m. No fue recurrida dentro de los cinco (5) días siguientes quedando en firme el 16 de septiembre del mismo año, siendo esta fecha la inicial del término de cinco (5) años de prescripción que se surtió ininterrumpidamente hasta el 16 de septiembre de 1990).

De la actuación procesal cumplida en estos expedientes acumulados se observa, que la Administración de Aduanas en cada uno de ellos, libró oportunamente mandamiento de pago contra el demandado en las fechas que anteriormente se anotaron o sea el 14 y 19 de noviembre de 1985 respectivamente.

Pero esas ordenes de pago sólo fueron notificadas al deudor el primero (1) de noviembre de 1991, es decir, después de haber transcurrido ininterrumpidamente el término de cinco (5) años señalados por el parágrafo único del artículo 6 del Decreto 2666 de 1984, norma que como se dejó visto es la aplicable en el caso a estudio, no sólo por estar vigente al momento en que las obligaciones se hicieran exigibles, sino porque el tiempo de prescripción empezó a correr y se completó dentro de su vigencia. Y se afirma de que se surtió ininterrumpidamente durante esos cinco (5) años, porque en los expedientes no existe providencia alguna, mediante la cual, previo el trámite de ley, se hubiera decretado la suspensión del proceso.

Los anteriores y breves razonamientos los considera la Sala suficientes para dar prosperidad a las excepciones formuladas en estos procesos acumulados.

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

PRIMERO: Declárase probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva propuesta por el demandado contra los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos. 430, 431 y 439 de fechas junio 27 y julio 9 de 1985 expedidas por la Aduana Interior de Medellín.

SEGUNDO: Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado contra la resolución No. 0470 del 25 de julio de 1985, expedida por la Aduana Interior de Medellín.

TERCERO: Ordenáse el desembargo de los bienes perseguidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de M., Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRALOR MUNICIPAL–Nombramiento/**CONCEJO MUNICIPAL**–Facultades

La facultad para elegir el contralor municipal es del concejo municipal respectivo y no del Presidente del mismo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0621. Actor: Daniel Sevilla Casas. Apelación Sentencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 9 de octubre de 1991 por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió denegar las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección del señor Hoover Hurtado Marín como Contralor del municipio de Palmira, realizada por el Concejo Municipal en sesión de 6 de noviembre de 1990.

El demandante invocó como infringidas las siguientes disposiciones: arts. 192, 63 y 20 de la C.N., Acuerdo No. 10 de 1972 dictado por el H. Concejo Municipal de Palmira, en sus arts. 15, ordinales 1, 2, 3, 4, 5, 11, 13, y 20, 114 y 130 y art. 84 del C.C.A.

Manifiesta que con base en el art. 192 de la C.N., vigente en la época de los hechos, los actos locales, entre ellos los acuerdos municipales, eran obligatorios mientras no se declararan nulos; el Acuerdo No. 10 de 1972 no

lo fue, por lo tanto debía regir la elección, y sus disposiciones fueron transgredidas por cuanto quien presidió la sesión en la cual se realizó la elección así como quien convocó y fijó el orden del día no era el Presidente de la Corporación sino tan sólo un Concejal más de la misma. Por lo tanto sus actos son nulos por usurpación de funciones públicas al infringir las disposiciones citadas del Acuerdo mencionado y de paso, el art. 63 de la C.N.

El art. 84 del C.C.A. también resultó contrariado porque el acto expedido lo fue por un funcionario u organismo incompetente con desviación de poder pues hubo usurpación de funciones por parte de quien actuó como Presidente.

El señor Hoover Hurtado Marín se hizo parte en el juicio para oponerse a las peticiones de la demanda asegurando que las normas invocadas como violadas no lo fueron y antes por el contrario se les dió estricto cumplimiento (arts. 192 y 63 de la C.N. y el Acuerdo No. 10 de 1972 del H. Concejo Municipal de Palmira).

En cuanto al art. 84 del C.C.A. considera no se infringió por cuanto el Cabildo se reunió conforme a la ley y realizó una elección propia de su resorte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por sentencia del 9 de octubre de 1991 denegó las peticiones de la demanda sobre la base de considerar como ajustada a derecho la elección demandada por cuanto se realizó por el organismo competente, con el quórum señalado en las normas y en la oportunidad prevista en el art. 100 del Decreto 1333 de 1986.

En cuanto a la alegada incompetencia de la mesa directiva, precisó que la misma no influye en nada en la elección por disposición del art. 92–4 del Decreto 1333 de 1986.

Considera que si bien la incompetencia de la Mesa Directiva podría acarrear consecuencias éstas serían distintas a la de la nulidad de la elección acusada.

La Fiscalía Séptima solicita la confirmación de la providencia de primera instancia porque la elección cuestionada fue realizada conforme a derecho y tal acto es independiente de que la mesa directiva fuera legal o ilegalmente elegida.

CONSIDERACIONES

La Corporación es competente para conocer del presente recurso de

apelación conforme lo previsto por el art. 129-1 del Decreto 01 de 1984 en concordancia con el art. 132–4 ibídem.

I. El primer aspecto por decidir es la procedencia de la suspensión del proceso, sugerida por la parte actora por considerar que la suerte de las peticiones en el presente juicio está sujeta a lo que llegue a decidirse en los procesos que en el Tribunal fueron radicados con los números 16975 y 17148, que el *a-quo* tramitó pero no decidió expresamente.

Al respecto la Sala debe precisar:

El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión al proceso contencioso administrativo, reza en su numeral 2:

"Suspensión del proceso. El juez decretará la suspensión del proceso:

. . . . . .

"2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, *o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo*, salvo lo dispuesto en los Código Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley". (La subraya es de la Sala).

En el proceso No. 16975 se demanda la nulidad de la elección de Presidente del Concejo Dr. JOSE ANTONIO CALLE FORERO. Dicha elección fue realizada el día 24 de agosto de 1990 y está consignada en el Acta No. 01 de la misma fecha.

Por su parte, en el proceso radicado bajo el No. 17148 se demanda la elección de LUIS ALFONSO CASTILLO BEDOYA y FRANCISCO DIEGO CADENA ANTIA, como Presidente y Vicepresidente de la Mesa Directiva del Concejo de Palmira, elegidos el día 1o. de noviembre de 1990 y contenidas en el Acta No. 01 del mismo día, mes y año.

En el presente juicio se debate la nulidad de la elección del señor contralor municipal.

De lo anterior se desprende que los actos acusados en cada caso son independientes entre sí, con identidad propia que no los hace depender unos de otros. En consecuencia, no era procedente la suspensión del presente juicio que puede ser decidido sin atender a lo resuelto en los demás citados, por lo cual no procede la suspensión solicitada.

II. Aunque no tiene relación con el fondo del negocio, se observa que el señor Fiscal del Tribunal solicita se declare probada la excepción de inepta

demanda ya que quien debió ser demandado en este juicio es el Concejo Municipal por cuanto fue la entidad que dictó el acto acusado, realizó el nombramiento acusado, entidad que debía estar representada por el Alcalde Municipal.

Al respecto es muy claro que quien resultó elegido por el acto discutido fue el señor Hoover Hurtado Marín a quien le fue notificado el auto admisorio de la demanda como lo ordena el art. 233 del C.C.A. tal como quedó subrogado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989.

Las normas electorales son específicas en este aspecto, por lo cual, no era del caso ni señalar como demandado al Concejo, ni notificarle a dicha entidad o al Alcalde la demanda de elección del contralor municipal. En consecuencia, no considera la Sala que hubiera falla alguna en la demanda por este aspecto.

Ahora bien, como la norma que se refería a las excepciones previas quedó expresamente derogada por el art. 68 del Decreto 2304 de 1989, no se hará un pronunciamiento en la parte resolutiva de este fallo, sin perjuicio de dejar aclarado el punto en la forma anterior.

III. En relación con el fondo del negocio, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

Conforme a los elementos de juicio que aparecen en el informativo y en especial el Acta No. 10 de 6 de noviembre de 1990, se observa que el contralor del municipio de Palmira fue elegido con el lleno de los requisitos que las normas establecen para esta clase de actos.

En efecto, el H. Concejo Municipal de Palmira realizó la elección, previa convocatoria de la sesión correspondiente y siguiendo el orden del día en el cual figura como punto 3 "Elección de Contralor del Municipio".

Consta en el documento en mención que la elección se realizó por votación de diecisiete concejales, con un resultado de 11 votos por Hoover Hurtado Marín y 6 por Guillermo Salazar, con la aclaración de uno de los escrutadores en el sentido de que los seis votos que aparecen a favor del segundo de los candidatos eran nulos.

Interrogado el Cabildo sobre si declaraba elegido al Dr. Hoover Hurtado como Contralor del Municipio, la respuesta fue afirmativa.

Ahora bien, en la demanda no se controvierte ninguno de los aspectos anteriores sino que, como ya se dejó reseñado al comienzo de esta providencia, se hace derivar la nulidad de la elección de irregularidades cometidas

en la elección como Presidente de la Corporación de quien se desempeñó como tal en la sesión, la convocó y estableció el orden del día.

Al respecto debe anotarse que la facultad para elegir el contralor municipal es del Concejo Municipal respectivo y no del Presidente del mismo (art. 92 del Decreto 1333 de 1986), por lo cual desde este punto de vista la elección no tiene reparo alguno.

A lo anterior debe agregarse que los actos dictados por el Presidente del Concejo en calidad de tal, son válidos, aún en el supuesto de que se discuta su calidad de Presidente por considerarse que su elección como tal está viciada.

En este orden de ideas la Sala concluye que las peticiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniégase la suspensión del proceso por improcedente.

Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

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

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

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente de Sala; *Miren De la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/JURISDICCION COACTIVA–Diferencias/**CAUCION**

La acción de restablecimiento del derecho tiene por finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo creador de una situación individual y el restablecimiento del derecho o reparación del daño. Por su parte la jurisdicción coactiva señala los términos que debe seguir el funcionario ejecutor para la efectividad de los títulos ejecutivos de derecho público. La caución tiene una función específica y diferente para cada proceso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0164. Actor: La Nación C/Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas". Excepción de Mérito.

Se decide el escrito de excepciones presentado por la apoderada de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas", contra el auto de mandamiento de pago de septiembre 19 de 1990 (fl. 13), proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

El día 16 de enero de 1990, la Superintendencia Bancaria, a través de la Resolución No. 0129 resolvió multar a la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" a favor del Tesoro Nacional por las sumas de $845.494.61 y

$767.376.92, por los defectos presentados en la relación activos-patrimonio en los meses de diciembre de 1988 y septiembre de 1989.

Contra esta providencia, la Corporación interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución No. 1086 de marzo 30 de 1990, expedida por la Superintendencia Bancaria, quedando así agotada la vía gubernativa.

El día 19 de septiembre de 1990, el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas", por la suma de $1'612.871.53.

La notificación del auto de mandamiento ejecutivo se efectuó el día 29 de octubre de 1990, al apoderado especial de la Corporación.

Mediante memorial fechado el 29 de octubre de 1990, el apoderado de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" puso en conocimiento del Juzgado, que una vez agotada la vía gubernativa, había interpuesto ante el Tribunal Administrativo la acción de restablecimiento del derecho. Además, aclaró que en dicho proceso se prestó caución mediante póliza de seguros, emitida por la Compañía de Seguros ALFA S. A., a favor del Tesoro Nacional y por la suma de $2'419.308.oo. De acuerdo a lo anterior, existiendo dicha caución solicita que el Juzgado no ordene el decreto de medidas cautelares, ya que la Corporación tiene garantizado el pago de las multas respectivas, con la póliza anteriormente mencionada. Y si se considera que su petición no es de recibo, se solicita al Señor Juez, fijar el monto de la caución y el plazo para cubrirla, a fín de que las medidas cautelares no sean proferidas (fls. 21 y 22).

En escrito allegado el 13 de noviembre de 1990, el apoderado de la Corporación solicitó la suspensión del proceso por encontrarse configurado el fenómeno jurídico de la prejudicialidad, ya que por tratarse de actos administrativos de alcance particular, y existir ante la jurisdicción contencioso administrativa demanda de restablecimiento del derecho, la nulidad está pendiente de decidirse, incidiendo esto en la sentencia que deba adoptarse en el proceso ejecutivo; se presenta el fenómeno mencionado y hay que esperar al fallo del proceso ordinario que paralelamente se adelanta.

Mediante memorial presentado el 13 de noviembre de 1990, el abogado de la Corporación alega una causal de nulidad con el fin de que se invalide parte de la actuación surtida en el proceso.

La causal invocada es la prevista en el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C., donde se refiere a la falta de notificación. Alega éste, que el mandamiento de pago, así como la providencia que decretó la medida caute-

lar adolecen de una formalidad, consistente en que no se efectuó la notificación por anotación en estado al ejecutante. Este hecho contagia de invalidez no sólo las providencias, sino la actuación posterior que de ellas deviene.

En la misma fecha, dentro del término concedido por la ley, presentó la excepción de mérito de PAGO CAUCIONADO, con base en los siguientes fundamentos:

1. Ante la jurisdicción contencioso administrativa, se adelanta acción de restablecimiento del derecho contra las resoluciones No. 0129 de enero 16 de 1990, confirmada por la resolución 1086 de marzo 30 de 1990.

2. Oportunamente la Corporación presentó póliza judicial No. 01-09-4008, expedida por Seguros Alfa S. A., a favor del Tesoro Nacional y por la suma de $2'419.308.oo.

3. De acuerdo a lo anterior, el pago de la sanción que coercitivamente se intenta está cubierto por la póliza mencionada. Y como ésta se encuentra condicionada a un fallo desfavorable en lo contencioso administrativo, queda demostrado que "las pretensiones ejecutivas de la Nación, se han ejercitado pretemporáneamente, pues la exigibilidad de las multas impuestas, es notoriamente prematura".

En auto de julio 30 de 1991, la División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales decidió sobre las pretensiones allegadas en término por el apoderado judicial de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas", mediante memoriales presentados el día 29 de octubre y 13 de noviembre de 1990, con las siguientes consideraciones:

– Respecto de la caución prestada ante la jurisdicción contenciosa: no es de recibo pues la naturaleza de los procesos difieren en cuanto a sus pretensiones. La caución de carácter ejecutivo tiene como fundamento levantar embargos o prevenirlos, en tanto que la prestada ante el contencioso administrativo es un requisito previo a la aceptación de la demanda y tiene por objeto garantizar los perjuicios que llegare a ocasionar.

En cuanto a las medidas cautelares, el inc. 2o. del art. 519 del C. de P. C. establece que sólo cuando estas ya se hubiesen practicado, se podrá solicitar su cancelación y levantamiento, por tanto no es viable la petición.

– Respecto de la petición de suspensión del proceso por prejudicialidad: Como no obra prueba de la existencia de tal proceso, sino una copia de una demanda y de una caución, no es viable decretarla.

– Respecto de la nulidad impetrada: no hay lugar a decretar la nulidad solicitada por el procurador judicial, ya que la notificación del mandamiento

ejecutivo debe hacerse personalmente, o en su defecto, el Consejo de Estado ha aceptado la notificación por conducta concluyente, pero nunca se realiza por Estado como lo pretende el libelista.

El apoderado de la Corporación interpuso oportunamente recurso de reposición, y en subsidio apelación contra este auto, con base en los siguientes fundamentos:

1. La caución prestada ante la jurisdicción contenciosa se concretó mucho antes de que se ordenaran y practicaran las medidas cautelares en este asunto, y aunque la jurisdicción es distinta, el objeto de la misma no puede ser desconocida. Por lo cual, hay que esperar que se decida el proceso ante el contencioso para poder dictar sentencia en el de la referencia.

2. En cuanto a la suspensión del proceso por prejudicialidad, se solicita ordenar mediante oficio la expedición de una certificación por parte de la Secretaría de la Sección Tercera sobre la existencia del proceso No. 681 y su estado actual.

La nulidad impetrada por no haberse notificado al demandante a través de los medios legales previstos por el legislador.

El funcionario ejecutor, por auto del 6 de noviembre de 1991, se negó a reponer el auto impugnado y ordenó dar cumplimiento a lo previsto en el auto recurrido sin ordenar dar trámite a la apelación interpuesta en subsidio y sin que la parte insistiera.

El 14 de noviembre de 1991, procedente de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, llegó el expediente de la referencia, a fin de que esta Corporación resuelva el incidente de excepciones propuesto por el apoderado judicial, obrante a folio 40 del expediente (fl. 55).

CONSIDERACIONES:

Antes que todo, la Sala quiere aclarar desde el punto de vista teórico, que la jurisdicción contencioso administrativa está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas siempre y cuando cumplan funciones administrativas.

En este caso, se busca obtener la nulidad de la Resolución No. 0129 de enero 16 de 1990, en la cual se multa a la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" por los defectos presentados en la relación en los meses diciembre de 1988 y septiembre de 1989, respectivamente, que a su vez fué confirmada por la Resolución 1086 del 30 de marzo de 1990, expedidas ambas por la Superintendencia Bancaria.

La acción de restablecimiento del derecho tiene por finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y el restablecimiento del derecho o reparación del daño.

Por su parte, la jurisdicción coactiva señala los trámites que debe seguir el funcionario ejecutor para la efectividad de los títulos ejecutivos de derecho público. En este caso, la caución tiene como fín evitar el embargo y/o secuestro de bienes o solicitar la cancelación y el levantamiento de las mismas, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 519 del C. de P. C.

Como se puede observar, aparte de tratarse de dos asuntos completamente diferentes (en uno se busca la nulidad de un acto administrativo y en el otro el cobro de un crédito), la caución tiene una función específica y diferente para cada proceso.

El objeto y la naturaleza de cada demanda son propios a cada uno y no se puede pretender que las actuaciones registradas en un proceso administrativo sean trasladadas a uno de jurisdicción coactiva.

En segundo lugar, la excepción de Pago Caucionado propuesta por la parte ejecutada no corresponde a la señalada en el artículo 509, numeral 2o. del C. de P. C. Esta razón sería suficiente para rechazarla por improcedente. Sin embargo, la Sala quiere puntualizar en relación con ella, que conforme al artículo 1626 del C.C., pago significa la satisfacción de lo que se debe y el pago caucionado es la garantía de que se pagará la obligación.

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,

FALLA:

1. Declárase no probada la excepción propuesta.

2. Continúe la ejecución.

3. Condénase en costas al excepcionante, las que serán tasadas con la liquidación del crédito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen. Cúmplase.

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

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente de Sala; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL—Objeto/**ACTO DE ELECCION**

La acción pública de nulidad electoral sólo procede contra actos de elección y nombramiento, en ningún caso respecto de omisiones consistentes en no elegir o nombrar, así estas omisiones que el demandante denomina actos negativos, provengan de la administración pública.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta. – Santafé de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente No. 0683. Actor: Carlos Alberto Hernández.

Se decide el recurso de apelación propuesto por el abogado Carlos Alberto Hernández contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 5 de febrero del año en curso, por medio del cual rechazó la demanda presentada por dicho profesional para obtener la declaratoria de nulidad "... del Acto Negativo de la elección del Contralor General del Departamento...".

ANTECEDENTES

I

En ejercicio de la acción pública electoral el abogado Carlos Alberto Hernández solicitó "... se declare la nulidad del Acto negativo de la elección del CONTRALOR GENERAL DEL DEPARTAMENTO, por cuanto a consecuencia de esto fué ratificado el Dr. ANSELMO ORTIZ PATIÑO, hechos

ocurridos en las sesiones ordinarias de los días 27, 28 y 29 de noviembre de 1991 y confirmados bajo la aprobación de la Proposición No. 001 del 28 de noviembre de 1991, acto administrativo que se desprende concretamente en la sesión del día 28 de noviembre según el acta No. 015.

2. Que a consecuencia de lo anterior se ordene a la Asamblea hacer la elección del CONTRALOR GENERAL DE BOYACA de conformidad a lo dipuesto por el Art. 272 de la Constitución Nacional, de la terna pasada por los Tribunales Superior y Administrativo de Boyacá.

3. Que ese Tribunal ponga en conocimiento de la Justicia Penal correspondiente de tipificación de Prevaricato por Omisión, contemplada en el Art. 150 del Código Penal Colombiano.

4. Que se declare la suspensión provisional del acto negativo de la elección de CONTRALOR GENERAL DE BOYACA y que sustento en escrito separado que adjunto a esta demanda". (Fls. 15 y 16).

II

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto del 5 de febrero del año en curso rechazó la demanda y ordenó devolver al interesado, junto con sus anexos.

Adujo el Tribunal que conforme a la competencia atribuída en el artículo 132,4 del C.C.A. los Tribunales Administrativos conocen de las elecciones o nombramientos hechos por las asambleas y los concejos municipales, lo que significa que la demanda de nulidad "... se refiere a un acto positivo y determinado. No a una simple omisión que, se repite, no reúne las notas típicas del acto presunto que parece sugerir el demandante", en el asunto *sub-judice*.

III

EL RECURSO

Sobre la base de que el recurso de apelación es el ejercicio del control jurisdiccional, en este caso sobre la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, el demandante manifiesta su desacuerdo con la interpretación que en el auto recurrido dió la mencionada Corporación al numeral 4o. del artículo 132 del C.C.A., cuyo texto reproduce.

Como "... el acto negativo de NO ELECCION se suscitó con motivo de la No Elección del Señor Contralor General de Boyacá de la Terna pasada por los Tribunales Superiores y Contencioso de Boyacá a la solicitud de la misma Asamblea", es claro que se da para el Tribunal la competencia para

conocer de ese acto negativo, pues el legislador al expedir la norma legal citada "... lo hizo en forma *sub-géneris* y no en particular para el Tribunal de Boyaca; y el fundamento fue el de legislar para Colombia y no para un Tribunal determinado".

La Administración Pública realiza su actividad por medio de actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas, vías de hecho y omisiones administrativas, como bien lo enseña "... el Maestro GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ en su DERECHO ADMINISTRATIVO, Teoría General". En el caso concreto de la no elección de Contralor para el Departamento de Boyacá, "... hay Omisión Administrativa..." pues la Asamblea se abstuvo de llevar a cabo una actividad, lo que se traduce en la producción de un acto administrativo de resultado negativo.

En el caso en estudio se observa que el Presidente de la Asamblea durante la sesión del 27 de noviembre citó para elegir Contralor el 29 del mismo mes, luego de recibir la terna de candidatos elaborada por ambos Tribunales. Sinembargo, durante la sesión ordinaria del día 29 se aprobó la proposición No. 01 en el sentido de no hacer la elección. Hubo, pues, una serie de actos positivos tendientes a la elección de Contralor "... y un acto omisivo de la administración y como en la formula matemática más (+) por menos (–) da menos (–) lo que conlleva a un acto administrativo negativo que es el acto aquí acusado", acto éste que conforme al artículo 83, lit. 2o. al referirse a los medios de control cita las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos. Esta norma en concordancia con el artículo 13 del Decreto 2304 de 1989 permite "... definir que los actos administrativos como manifestaciones de voluntad o de conocimiento por parte de la administración son las conductas y las abstenciones que puedan producir iguales efectos jurídicos". Por manera que "... el no nombrar se toma como nombrar a una persona" que es lo que ocurrió en el caso de la abstención de nombrar Contralor. El anterior razonamiento conduce a que el Tribunal interpretó erróneamente el numeral 4o. del artículo 132 del C.C.A., pues estimó que únicamente era competente respecto de los actos positivos de elección o nombramientos producidos por las asambleas y los concejos municipales.

Finalmente, manifiesta que "para fundamentación adicional del recurso, con el mayor comedimiento pido oficiar a la Asamblea de Boyacá a fin de que expida los documentos contemplados en el acápite de las pruebas literales a., b., y c. de la demanda por cuanto los solicité oficiosamente y no me fueron acreditados". Más tarde presentó ante el Tribunal nuevo escrito sobre la procedencia del recurso de apelación. Ya las diligencias en el Consejo de Estado, adicionó la sustentación del recurso adjuntando como pruebas los documentos a los que se refirió anteriormente, consistentes en fotocopias de comunicaciones enviadas por el Secretario de la Asamblea Departamental a los señores Magistrados de los Tribunales Superiores y Administrativo, informando de la aprobación de la proposición de citación para la elección

de Contralor, fotocopias del acta No. 015 correspondiente a la sesión ordinaria de la Asamblea Departamental celebrada el 28 de noviembre de 1991 y de la proposición 001 para que dicha Corporación se abstenga de hacer la elección.

Para resolver,

SE CONSIDERA

De los antecedentes que han quedado consignados en esta providencia, resulta claro que el doctor Carlos Alberto Hernández demandó en el ejercicio de la acción pública de nulidad electoral y mediante el trámite propio del proceso especial electoral "... se declare la nulidad del Acto Negativo de la elección del Contralor del Departamento..." de Boyacá.

También resulta claro que el Tribunal Administrativo del mencionado Departamento rechazó la demanda por estimar que sólo tiene competencia "... para conocer de los NOMBRAMIENTOS HECHOS 'por las Asambleas y Concejos Municipales'", no para declarar la nulidad de actos negativos, como el impugnado en la demanda.

Ciertamente, cuando el C.C.A. en sus artículos 128,4, 131,3 y 132,4 se refiere a procesos de nulidad que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos, no está señalando competencia para decidir sobre nulidad de actos que impliquen la abstención de elegir o nombrar. Esto concuerda con lo dispuesto en los artículos 223, 227 y 228 del C.C.A., en cuanto en ellos muy claramente se indica que la acción pública de nulidad, que debe declararse mediante el trámite del proceso electoral, procede "... contra los actos de las Corporaciones Electorales..." por medio de los cuales se declare indebidamente alguna nulidad o se computen votos a favor de ciudadanos inelegibles o cuando se hubiera dejado de computar un registro o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos, o contra los actos declaratorios de elección hecha en favor de candidato impedido para ser elegido. Y las causales de nulidad se refieren a actos positivos electorales, como por ejemplo las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral. Otro tanto ocurre respecto de los actos de nombramiento cuya legalidad debe ser discutida a través de la acción pública electoral. De ahí que el artículo 233 del mismo C.C.A. se refiera a la notificación "... de nombramiento o elegido por Junta, Consejo o Entidad Colegiada". Es más: la misma norma indica en su numeral 4. que "... se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad pretende...".

De ahí que sin desconocer lo preceptuado en el artículo 83 del mismo Código, según el cual a la jurisdicción de lo contencioso administrativo compete juzgar "... los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las opera-

ciones administrativas y los contratos administrativos...", en el caso de la acción pública de nulidad electoral debe afirmarse que sólo procede contra actos de elección y nombramiento, en ningún caso respecto de omisiones consistentes en no elegir o nombrar, así estas omisiones, que el demandante denomina actos negativos, provengan de la administración pública. Esta es la interpretación que debe darse a las precitadas normas de competencia, así como a las que regulan el proceso electoral.

Por ello habrá de confirmarse el auto apelado.

Por las razones expuestas, la Sección Quinta, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. Confírmase el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá objeto del recurso de apelación.

2o. En firma esta providencia remítase el expediente a la oficina de origen para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del diez y nueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDANTE/PRUEBAS–Oportunidad/**DEMANDADO/FIJACION EN LISTA**

El término de fijación en lista constituye la única oportunidad que la parte demandada tiene en única o primera instancia para solicitar pruebas, bien el libelo de contestación de la demanda o en escrito separado.

En cambio la parte actora no podrá utilizar esa fijación para pedir sus pruebas u otras diferentes. Su oportunidad la indica la ley en el artículo 137 numeral 5 ya que toda demanda deberá contener "la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 631. Electoral - Unica Instancia. Actor: Rodrigo García Caicedo.

Se decide el Recurso de Súplica propuesto por el actor en el expediente de la referencia, (fls. 179 y s.s.), contra el auto fechado el veintiocho (28) de febrero del año en curso (fl. 177), mediante el cual se le negaron por extemporáneas las pruebas solicitadas dentro del término de fijación en lista.

ANTECEDENTES

En memorial que obra a folios 63 y s.s. afirmando estar en término legal, el Procuradur Judicial de la parte actora solicita se decreten las pruebas que en el mismo especifica.

El escrito fue presentado en la Secretaría de la sección el 25 de febrero del año en curso y en auto fechado el día 28 siguiente, al dictarse el decreto de pruebas, se admitieron las que allegó el actor con la demanda y denegaron las que presentó dentro del término de fijación en lista, por extemporáneas.

Esta providencia, en la parte pertinente, fue recurrida en súplica solicitándose en revocatoria y su consecuente concesión y decreto de pruebas.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

Acogiéndose al precepto contenido en los artículos 56, 57 y 168 del C.C.A., en armonía con lo dispuesto por el artículo 178 del C. de P. C., aduce el recurrente que las pruebas pedidas y denegadas son conducentes.

En el capítulo de "HECHOS" del escrito contentivo del recurso afirma, que con la demanda presentó fotocopia auténtica del acto acusado y en el mismo libelo advirtió por lealtad profesional, que haría valer los actos de escrutinio y todos los documentos complementarios, correspondientes a los municipios que allí menciona, como también las demás pruebas tendientes a demostrar todos y cada uno de los hechos de la demanda, que dentro del término de fijación en lista presentó las pruebas antes referidas, solicitando además, se decretaran y practicaran otras debidamente relacionadas en el escrito, habiendo sido denegadas por extemporáneas.

En el acápite "DERECHO" precisa el distinguido apoderado que la norma del numeral 5 del artículo 137 del C.C.A., por ser de carácter especial, no rige en el proceso electoral.

Hace referencia al artículo 233 ibídem y para explicar el alcance de estas normas, invoca las siguientes jurisprudencias de esta corporación:

1.– Auto de mayo 22 de 1986. Exp. E-013. Consejero Ponente Dr. JOAQUIN VANIN TELLO.

2. Providencia de octubre 30 de 1986. Consejero Ponente Dr. GASPAR CABALLERO SIERRA.

3.– Sentencia de septiembre 25 de 1989. Exp. 0323. Consejero Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

La primera sostuvo que de conformidad con el artículo 137 del C.C.A., el actor debía solicitar las pruebas única y exclusivamente en la demanda, al tiempo que el demandado podía o debía hacerlo dentro del término de fijación en lista.

La segunda y tercera por el contrario, estuvieron de acuerdo al señalar que el demandante podía solicitar pruebas en la demanda y posteriormente dentro del término de fijación en lista, conclusión a la que llegan con base en las siguientes premisas:

a.— Una doble temporalidad probatoria para el demandante en el proceso electoral, no implica que el demandado quede en circunstancias de desfavorabilidad, puesto que lo importante es que éste se encuentre en condiciones de participar en el trámite de la publicidad y contradicción de la prueba.

b.— En el proceso administrativo no se consagra, como ocurre en el civil, la posibilidad para el demandante de solicitar pruebas adicionales en el supuesto de excepciones de fondo (art. 399 del C. de P. C.), lo que da lugar a una singular incongruencia cuando el demandado excepcionase bajo el fundamento de nuevos hechos y el demandante no tenga la oportunidad de contraprobarlos.

c.— El artículo 233 del C.C.A., es norma de carácter especial y no trae la limitante del artículo 207 referida al proceso ordinario, de que en esa precisa oportunidad sólo los demandados y los intervinientes solicitan pruebas, y antes bien, por no establecer distingo alguno, puesto, que de manera general señala que durante el término de fijación en lista, podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas, tiene que entenderse que una y otra parte contendientes pueden ejecutar actos de postulación probatoria, lo que para estos fines resultará común para demandante y demandado.

d.— El artículo 233/3, no sólo por ser norma especial, sino igualmente por ser posterior, según su ubicación en el estatuto procesal, prefiere en su aplicación a la general y anterior.

f.— Al "interponer" la ley procesal, el Juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4 del C. de P. C.).

Con el epígrafe de "TEXTOS COMPARADOS" presenta en doble columna los artículos 60 del decreto 2304 de 1989 y 233 del C.C.A., modificado por aquél, para explicar las diferencias mínimas de redacción de ambos textos, y concluír que las pruebas pueden pedirse con la demanda o en el término de fijación en lista, sin distinguir o discriminar entre demandante o demandado.

PROCEDENCIA DE LAS PRUEBAS DENEGADAS

En este aparte del escrito señala el apoderado que las pruebas denegadas fueron indicadas con toda claridad en la demanda. Considera que la decisión

recurrida es grave porque varía, altera y modifica la aplicación de las disposiciones legales electorales en beneficio de la parte demandada, con lo cual, de hecho se define el fondo y la esencia de la litis.

EXTEMPORANEIDAD

En este capítulo expresa el ilustre memorialista que al rechazar el auto por extemporáneas las pruebas solicitadas", ello significaría que el apoderado incurrió en desidia, negligencia, descuido, atribuíble presuntamente a irresponsabilidad o ignorancia. Ese sería y es el juicio correspondiente al alcance y antecedentes de una manifestación rotunda como la que contiene el auto suplicado...".

Considera la decisión impredecible o imprevista para la parte actora, y precisa que la supuesta extemporaneidad surge de la aplicación de una norma distinta a la que contiene el capítulo IV, Título XXVI, del C.C.A., que dentro de los procesos especiales incluye a los procesos electorales, el inciso 5 del artículo 137, indica uno de los requisitos puramente formales de la demanda en los juicios ordinarios de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". Nosotros, nos hemos ceñido, como lo prescribe el ordenamiento jurídico pertinente, a una disposición clara, porque no está redactada en lenguaje confuso, del procedimiento especial propio de los juicios electorales". Termina este aparte del escrito, señalando la inconveniencia de la decisión, porque cambia o altera la norma que rige la materia, lo que se traduce en perjuicios para el demandante quebrántandose el principio de igualdad procesal en el concurso de las pruebas.

Al referirse a los principios de publicidad y contradicción hace énfasis en el conocimiento de la demanda por parte del demandado desde el mismo instante en que se admitió haciendo pronunciamiento de ella.

Reitera su petición inicial sobre revocatoria del auto suplicado para que se dé vigencia a la solicitud de pruebas denegada.

CONSIDERACIONES

En auto proferido el cinco (5) de marzo del año en curso, expediente No. 0612, con ponencia de quien elabora este proyecto, la Sala de Decisión al resolver caso similar, sentó su criterio y expuso las razones jurídicas sobre cuya base se apartó de la perspectiva jurisprudencial de la antigua Sala Contenciosa Electoral de fecha 30 de octubre de 1986 Exp. E-013. Consejero Ponente Dr. GASPAR CABALLERO SIERRA y que compartió esta sección en providencia dictada en el Exp. No. 0323, respecto a la oportunidad del demandante para pedir pruebas en el término de fijación en lista, así se expresó la Sala:

1.– En el capítulo IV, Título XXVI, libro cuarto, del C.C.A., que trata de los PROCESOS ELECTORALES, no se consagró norma alguna que señale cual debe ser el contenido de la demanda, vacío que de acuerdo con las normas de la Hermenéutica Jurídica, debe ser llenado con lo regulado en otros artículos de la misma codificación sobre la materia de que se trate y en subsidio con las normas del C. de P. C. (Art. 267 C.C.A.).

Conforme a lo anterior, el art. 137 del C.C.A., dice *"toda demanda* ante la Jurisdicción Administrativa deberá dirigirse al Tribunal y *contendrá:* (Rayas de la Sala).

(...)

"5.– La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer;

(...)

2.– El artículo 233 ibídem, subrogado por el Art. 60 del D. E. 2304 de 1989, consagrado dentro del capítulo que regula lo relativo a los PROCESOS ELECTORALES, dice "AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. El auto Admisorio de la Demanda deberá disponer:

(...)

4.– Que se fije en lista por tres (3) días una vez cumplido el término de la notificación, con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas".

Del aparte transcrito de la norma citada, no puede afirmarse que en forma clara y precisa se está señalando al demandante la facultad de solicitar pruebas en el término de fijación en lista, por lo cual, a través de una simple interpretación no es procedente introducirle excepciones a la regla general establecida en el artículo 137 del C.C.A. y en el artículo 75 numeral 10 del C.P.C., pues bien sabido es que dichas excepciones para que tengan validez, deben ser consagradas en norma expresa y precisa.

3.– Además al deducir, haciendo una interpretación dudosa del artículo 233 del C.C.A., la facultad en favor del demandante que hemos venido mencionando, se viola la igualdad de las partes ante la ley, al otorgarle un mayor número de oportunidades a dicha parte para solicitar pruebas en relación a las que tiene el demandado. También se viola el principio de la lealtad procesal que debe existir entre las partes del proceso, pues aunque es cierto que los hechos señalados en la demanda, son el objeto de la litis que debe ser controvertido a través de las pruebas solicitadas

por ellas, sin embargo, es posible que el actor en forma maliciosa no solicite en la demanda una prueba fundamental para demostrar lo que pretende, buscando que el demandado se confíe y descuide en pedir la prueba correspondiente para desvirtuar ese hecho y a la última hora de la fijación en lista, sorprenderlo con esa solicitud, cuando ya esta parte no tiene tiempo ni oportunidad para la contraprueba correspondiente.

4.– Respecto al punto relacionado con las Excepciones que el demandado puede proponer en la Contestación de la demanda, sin que el C.C.A. consagre traslado alguno en favor del demandante para que se pronuncie sobre ellas, ante dicho vacío y con el fin de respetar la igualdad de las partes en el proceso, que a la hora de la verdad, es más importante que sacrificar en solo cinco (5) días más, la celeridad de los PROCESOS ELECTORALES, que la mayor parte de las veces, las partes los alargan por meses y hasta años utilizando los recursos que les otorga la ley, lo procedente es aplicar lo dispuesto en el artículo 399 del C. de P. C., conforme a lo consagrado en el artículo 267 del C.C.A.

5.– El que el artículo 233 del C.C.A., sea norma especial y posterior al artículo 137 ibídem, no tiene ninguna importancia para decidir lo que es materia de estudio, ante la ambiguedad de dicha disposición respecto a señalar quienes son los que pueden pedir pruebas en el término de fijación en lista.

En igual sentido se pronunció la Sala de decisión en providencia fechada el 12 de marzo de 1992. Exp. 0603. Consejero Ponente Dr. JORGE PENEN DELTIEURE.

El H. Consejero de Estado Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO en su obra "DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO", tercera edición, pág. 305, al comentar las "Oportunidades Probatorias de las Partes en el Proceso Ordinario y los Procesos Electorales" señala:

1) En el Proceso Ordinario. Aunque sobre el punto ya adelantamos algunas ideas cuando explicamos las distintas etapas del mencionado proceso, en este momento volvemos sobre el tema, pero con referencia obvia a facetas no estudiadas.

Ordena el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A. (46 del decreto 2304) que recibida la demanda, el ponente, al admitirla, ordenará "que se fije en lista, por el término de cinco días, para que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas".

Da a entender la norma transcrita que ese término de fijación en lista constituye la única oportunidad que la parte demandada tiene en única o primera instancia para solicitar pruebas, bien en el libelo de contestación de la demanda o en escrito separado. Aunque esa contestación se entendía como una carga procesal sancionable como indicio en contra del particular que no la hacía (art. 145 C.C.A.), hoy no trae su omisión sanción alguna, puesto que la antecitada norma fué expresamente derogada por el artículo 68 del decreto 2304. Por esa razón, el hecho de no contestar la demanda no puede cerrarle a la demandada la oportunidad que la ley le da de pedir pruebas. Si prefiere no contestar pero sí ejercer el derecho de demostrar ciertos extremos fácticos, podrá hacerlo en escrito separado, presentando claro está, dentro del aludido término de fijación en lista.

Ese término de fijación en lista es, igualmente, la oportunidad que en esas mismas instancias tendrán los intervinientes que se hayan hecho parte antes de su vencimiento. Asímismo podrá utilizar esta oportunidad el ministerio público para solicitar las pruebas que estime conducentes.

En cambio, la parte actora no podrá utilizar esa fijación para pedir sus pruebas u otras diferentes. Su oportunidad la indica la ley en el art. 137 (num. 5), ya que toda demanda deberá contener "la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer". El principio de la lealtad impone que cada parte, en su oportunidad, muestre su juego probatorio.

Tal como se indicó atrás, lo que se deja expuesto se aplica a todos los asuntos que sigan el trámite del proceso ordinario, o sea, según el mandato del artículo 206 del C.C.A. modificado por el artículo 45 del decreto 2304, los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales y nulidad de laudos arbitrales; y en general todos aquellos litigios para los cuales la ley no señala un trámite especial.

Como se observa desaparece así la vía especial que contemplaba el decreto 01 en sus artículos 217 y siguientes para los asuntos de reparación directa y contractuales y se somete a la ordinaria el trámite del recurso de anulación de los laudos arbitrales que se regía por el Código de Procedimiento Civil (art. 672 y s.s.).

Como lo dijimos atrás cuando se estudió el tema del proceso ordinario, estimamos que el artículo 45 del Decreto 2304 de 1989, cuando le asigna esa vía ordinaria al recurso de anulación de dichos laudos, es inaplicable por exceder la ley 30 de 1987 que le sirvió de fundamento al gobierno para expedirlo. A este respecto anotamos que el procedi-

miento a seguir es el señalado en el decreto 2279 de 1989 (artículos 37 y s.s.) con las modificaciones introducidas al artículo 112 por la ley 23 de 1991.

2) En los procesos electorales. Pese a que ni el código ni la ley 96 de 1985 ni el artículo 60 del decreto 2304 son explícitos a ese respecto, la petición de pruebas deberá hacerla el actor en su demanda. Se sigue en esto la regla general y la previsión del artículo 137 del mencionado código, el que exige entre los requisitos de toda demanda contenciosa administrativa "la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer" (num. 5).

El equívoco, más aparente que real, lo crea el numeral 4 del art. 60 del mencionado decreto en cuanto al discriminar el contenido del auto admisorio de la demanda en el proceso electoral exige: "la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas".

Se subentiende, se repite, que la norma hace referencia a la demandada, a los intervinientes o al ministerio público, quienes pueden hacer esa petición al contestar la demanda o en escrito separado, durante la fijación en lista, que será de tres (3) días.

De aceptarse que la parte actora también pueda utilizar esta nueva oportunidad, habría que concluír que el legislador rompió el principio de la igualdad procesal de las partes, actitud que no tiene justificación legal alguna.

En el mismo tratado página 289, en relación con las excepciones de mérito y su oportunidad para alegarlas, se lee:

El código administrativo señala esa oportunidad en el inciso 1o. del art. 164, permitiendo su proposición a quienes intervengan en el proceso, "en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos".

El enunciado muestra que la reforma modificó el antitécnico sistema que contemplaba la ley 167, la que permitía en su art. 110 esa proposición desde que el negocio se fijara en lista hasta la citación para sentencia, en cualquiera de las instancias.

Esta excesiva amplitud no se compadecía con la moderna doctrina procesal, la que busca que la litis se entrabe desde un principio en todos sus extremos, para evitar sorpresas reñidas con la seriedad, publicidad y lealtad que deben imperar en todo proceso y para que las partes conoz-

can a cabalidad el objeto de la controversia, no sólo por activa sino por pasiva y puedan así calibrar mejor sus cargas probatorias.

En este sentido se entiende la reforma introducida por el código administrativo y se entiende, asímismo, la regulación hecha en el estatuto procesal civil, el que exige que las excepciones distintas a las previas deben alegarse en la contestación de la demanda, ya que este aspecto constituye uno de los requisitos de tal escrito. Basta leer, entonces, tanto el numeral 3 del art. 92 del C. de P.C. como el numeral 3 del art. 144 del C.C.A. para confirmar dicho aserto. En este último se lee que la contestación a la demanda contendrá: "3) La proposición de las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante, las cuales se decidirán en la sentencia".

El inciso 1o. del citado art. 164 requiere una explicación adicional, porque su texto definitivo debió quedar en éstos o parecidos términos: En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda o dentro del término de fijación en lista.

La redacción aprobada con las adiciones "cuando sea procedente" (la contestación) o "en los demás casos" (cuando no se exija esa contestación) correspondió al texto original que presentamos al gobierno como miembros de su comisión asesora para la expedición del código administrativo y cuando proponíamos, igualmente, que esa contestación no fuera procedente sino en los procesos de restablecimiento genéricamente considerados: para dejar la facultativa u opcional en los demás. De allí que el texto tuviera su lógica inicial y la perdiera luego al imponerse la contestación en todos los procesos.

Para evitar cualquier equívoco la intención del legislador fue la de permitir esa formulación de excepciones durante el término de fijación en lista, contéstese o no la demanda.

Las excepciones de fondo y las pruebas del demandante.

Pese a que omitimos tocar este aspecto en las pasadas ediciones, creemos que el punto amerita comentario aparte, aunque el código administrativo guarde silencio a ese respecto.

En el proceso civil si el demandado propone excepciones que no tengan el carácter de previas, el escrito se mantendrá en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan (art. 399).

La norma tiene su lógica al otorgar una oportunidad petitoria adicional de pruebas a la parte actora. De otra manera ésta no podría solicitar

nuevos medios para contraprobar los hechos alegados por la demanda como fundamento de la excepción o excepciones propuestas, ya que su oportunidad probatoria ordinaria feneció con la presentación de la demanda.

Y en el proceso administrativo sucede algo similar. El demandante debe pedir sus pruebas con la demanda (Art. 137 num. 5) y el demandado con la contestación o dentro del término de fijación en lista (art. 144 ibídem). Pero si la parte opositora formula excepciones y solicita pruebas para su demostración, deberá dársele al actor una nueva oportunidad para que pida las pruebas que busquen enervar los efectos de las excepciones propuestas. La solución no es más que consecuencia del principio de la igualdad de las partes ante la prueba.

La norma del código procesal civil que permite ese término adicional es así plenamente aplicable en el proceso administrativo, pese al silencio que se observa en el código de la materia, porque la situación que regula aquélla se puede presentar asímismo en éste. Su aplicación tiene fundamento en el artículo 267 del C.C.A. por no ser aspecto incompatible con la naturaleza de los procesos que siguen ante la jurisdicción administrativa.

Durante la vigencia de la ley 167 de 1941 no se dió oportunidad adicional porque en ese entonces la formulación de las excepciones de fondo no tenía término preclusivo y podía hacerse en cualquier etapa del proceso. En cambio hoy, las excepciones deberán proponerse antes de la etapa probatoria, facilitándose así la oportunidad adicional para la parte demandante.

Consecuente con lo anteriormente expuesto, esta Sala de decisión mantiene bajo los argumentos expuestos, el criterio expresado en la providencia de cuyo texto se ha hecho transcripción, lo que es acorde con la concepción jurisprudencial sostenida en autos dictados el 5 y 12 de marzo de 1992 expedientes Nos. 0653 y 0606 respectivamente, en los que actúa como Consejero Ponente el Dr. JORGE PENEN DELTIEURE y el punto de vista doctrinario presentado por el Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO en su TRATADO DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, cuyos apartes relacionados al tenor fueron textualmente copiados.

En cuanto a las observaciones de carácter personal, subjetivo o particular que en su escrito hace el recurrente, por ser ellas completamente extrañas al asunto materia de la litis, la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, por medio de su Sala de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el auto suplicado de fecha veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), en cuanto denegó por extemporáneas las pruebas solicitadas por la parte actora.

SEGUNDO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del señor Consejero conductor del mismo para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren De La Lombana de M., Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

INSPECCION JUDICIAL–Improcedencia/**INSCRIPCION DE CEDULAS**–Requisitos/**PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD**

El cotejo de huellas dactilares pretendido con inspección judicial resulta improcedente porque conforme al Acto Constituyente No. 2 de 1991, por medio del cual se dictaron normas transitorias para las elecciones llevadas a cabo en octubre 27 de 1991 para elegir congresistas y gobernadores, la inscripción de cédulas se llevó a cabo sin el requisito de la impresión de la huella del dedo índice del inscrito, establecido en el artículo 78 del C.E. No obstante, tampoco habría lugar a ordenar su práctica, porque iría en contra del principio de la especifidad que gobierna la prueba pericial. Ciertamente, el demandante pretende de manera genérica un cotejo grafológico, pues ni precisa ni concreta el número de personas que presuntamente votaron de manera fraudulenta, ni precisa números de cédulas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0616. Actor: Augusto Antonio Salas Badrán.

Se decide el recurso de súplica propuesto por el apoderado del demandante contra el auto dictado en el proceso de la referencia, en cuanto " ... que negó la práctica de la inspección judicial con dictamen pericial ...".

ANTECEDENTES

En el libelo demandatorio se pidió, entre otras, la siguiente prueba:

"5.2. INSPECCION JUDICIAL

Tal como lo permite el inciso 3 del artículo 213 del C.E., en concordancia con lo previsto por el C.P.C., se decrete y practique una inspección judicial con intervención de peritos en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre las tarjetas decadactilares y demás documentos de las personas que votaron en las mesas indicadas en las pretensiones, para determinar la fórmula dactiloscópica de cada uno de ellos y si las huellas que aparecen impresas en el formulario oficial de inscripción de cédulas, son o no, las mismas que pertenecen a las personas que votaron en las mesas indicadas.

Los señores peritos, con los elementos esenciales del dictamen pericial, determinados en el numeral 6o. del artículo 237 del C.P.C., deberán absolver el cuestionario (sic) siguiente:

5.2.1. Si la firma plasmada en los documentos oficiales donde se inscribieron las cédulas de ciudadanía antes referidas, corresponden a los titulares de dichas cédulas, o a personas diferentes.

5.2.2. Si las huellas impresas en los documentos oficiales donde aparecen inscritas las cédulas de ciudadanía antes referidas, hecho el cotejo, corresponden a los titulares de dichas cédulas con la misma fórmula dactiloscópica de las tarjetas decadactilares que reposan en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

5.2.3. Después de cotejadas las huellas, se determine, cuántos de esos números de cédulas irregularmente votaron en los sitios señalados". (fl. 39–40).

En relación con dicha prueba, en el auto suplicado, se dijo:

"3.– Por ser genérica e indeterminada, no se decreta la prueba solicitada en el numeral 5.2 del capítulo de pruebas en la demanda (fl. 39 fte.). El actor afirma en el hecho 3.5 del capítulo "hechos u omisiones" que *muchos de los elementos* que sirvieron para la formación de los actos de escrutinio y registros electorales contenidos en los formularios E-14, E-15, E-16, E-17, E-22, E-23, E-24 y E-28, en los escrutinios municipales y generales del departamento, son falsos o apócrifos, conduciendo a que se computaron votos nos válidos a favor de los candidatos elegidos por cuanto *la mayoría de las personas* no inscribieron sus cédulas con los requisitos de ley, y las huellas fueron estampadas por personas diferentes a los inscritos, sin indicar a que elementos concretos se refiere y a qué personas corresponden esas imputaciones pues éstas no se refieren a la totalidad de las que comprenden la votación, sino a una mayoría indeterminada, cuando bien ha po-

dido señalarse los números de cédulas inscritas irregularmente o las personas que incurrieron en esa irregularidad etc. (subrayas nuestras)". (fl. 82).

EL RECURSO

Afirma el recurrente que conforme al "... poder interpretativo ..." el juez debe deducir de la demanda, conforme a los "... elementos subjetivos y objetivos de la pretensión (sujetos, objeto, causa), ..." la conducencia de la prueba, conducencia relacionada con "... la utilidad que se quiere alcanzar con la sentencia...", para lo cual es necesario tener en cuenta el contenido del petitum y no "... la pretensión formalmente apreciada, la cual tiene que apreciarse íntimamente relacionada con la causa petendi, debido a que ambas constituyen un todo; pues 'el objeto no es la simple cosa física reclamada, sino ésta en su configuración jurídica' y la razón de ésta, se encuentra en los hechos u omisiones, las normas violadas y el concepto de la violación". Cita el recurrente a los tratadistas Enrique Véscovi y Jaime Guasp. Y agrega el recurrente:

> "Sobre este tópico, la demanda ni es genérica ni es indeterminada, ni tampoco lo es la prueba que hace parte de la misma, la petición de inspección judicial con intervención de peritos dice muy claramente que es, SOBRE LAS TARJETAS DECADACTILARES Y DEMAS DOCUMENTOS DE LAS PERSONAS QUE VOTARON *EN LAS MESAS INDICADAS EN LAS PRETENSIONES,* (Afirmación incluída en los hechos y el concepto de violación) volver a repetir como lo pretende el Auto impugnado el número de las mesas indicadas en las pretensiones, es mi opinión innecesario. El Auto recurrido dice: "... bien ha podido señalarse ... *las personas que incurrieron en esa irregularidad etc."* (Subrayas mías), si el actor hubiese estado en capacidad de determinar con nombres apellidos y números de cédulas, las personas que incurrieron en esa irregularidad, entonces la prueba pedida no tendría objeto por supérflua, pero ello no es así y por eso he solicitado se decrete y practique. Para poder señalar lo exigido en el auto, tendría que haber practicado la prueba antes de presentar la demanda sin preveer que el término de caducidad, es únicamente de veinte días y que ningún código ordena semejantes requisitos". (Fl. 85).

Aunque el apoderado del demandante, dice el suplicante, se opone a que se decrete la inspección judicial por ser esta prueba "... impertinente a los hechos en que se fundan tanto la demanda como su corrección" y porque no puede producir "... la virtualidad de anular todo el registro electoral ..." dada la pequeña minoría de votantes inscritos irregularmente, lo cierto es que la prueba es idónea para establecer la falsedad o "apocrificidad" (sic), como bien lo expresó la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia proferida en el expediente 0338 el 19 de febrero de 1990. El hecho mismo

de que el apoderado del demandante acepte que hubo una "exigua minoría de votantes inscritos en forma irregular", hace necesaria la prueba.

Además, el recurrente pretende "... se revoque el auto impugnado en cuanto da por contestada la demanda apoyándose en que, el escrito reúne los presupuestos señalados en el artículo 144 del C.C.A.", cuando en realidad en el escrito de contestación de la demanda "... no se le dió cumplimiento al numeral 5o. del artículo 144 del C.C.A. ni a la segunda parte del numeral 2o. de la misma norma que exige una exposición detallada y precisa de las razones de la defensa", lo que no ocurre en este caso.

Para resolver,

SE CONSIDERA

En el escrito de corrección de la demanda –que no en el de demanda– se pidió decretar y practicar "... una inspección judicial con intervención de peritos en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre las tarjetas decadactilares y demás documentos de las personas que votaron en las mesas indicadas en las pretensiones, para determinar la fórmula dactiloscópica de cada una de ellas y si las huellas que aparecen impresas en el formulario oficial de inscripción de cédulas, son o nó, las mismas que pertenecen a las personas que votaron en las mesas indicadas".

Pues bien, el cotejo de huellas dactilares que se pretende con la inspección judicial resulta imposible porque conforme al ACTO CONSTITUYENTE NUMERO 2. de 1991, por medio del cual se dictaron normas transitorias para las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 1991 para elegir congresistas y gobernadores, la inscripción de cédulas se llevó a cabo sin el requisito de la impresión de la huella del dedo índice del inscrito, establecido en el artículo 78 del C.E.. En efecto, el artículo 1. del mencionado ACTO CONSTITUYENTE, dispuso:

> "Artículo 1. Inscripción de Cédulas: La inscripción de cédulas es un acto que requiere para su validez únicamente la presencia del ciudadano ante el funcionario electoral donde se inscriba, previa identificación con la cédula de ciudadanía".

Por esa razón no sería procedente la diligencia de inspección judicial, pues por sustracción de materia, se repite, no es posible la prueba dactiloscópica y, por consiguiente, un dictamen pericial para determinar "... cuántos de esos números de cédulas irregularmente votaron en los sitios señalados", según expresión consignada por el demandante. (Fl. 40).

Pero como con la diligencia de inspección judicial, con intervención de peritos, el demandante pretende además que éstos –los peritos– determinen

"si la firma plasmada en los documentos oficiales donde se inscribieron las cédulas de ciudadanía antes referidas, corresponden a los titulares de dichas cédulas, o a personas diferentes", al respecto la Sala observa que la prueba grafológica que pretende el demandante también resulta imposible, porque ni en los formularios de inscripción de cédulas ni en los registros de sufragantes (F E–15) aparece la firma del ciudadano que se inscribe y del que sufraga.

No obstante que la prueba resulta imposible por los motivos indicados, la Sala considera conveniente advertir que tampoco habría lugar a ordenar su práctica porque, así existieran las huellas dactilares y las firmas, practicar tales cotejos en relación con las votaciones llevadas a cabo en 570 mesas iría en contra del principio de la especificidad que gobierna la prueba pericial. Ciertamente, como se pone de presente en el auto suplicado, el demandante pretende de manera genérica un cotejo grafológico, pues ni precisa ni concreta el número de personas que presuntamente votaron de manera fraudulenta, ni precisa números de cédulas. Con otras palabras, el demandante parte de la base de una votación fraudulenta masiva desconociendo así la presunción de la buena fé consagrada hoy en el artículo 83 de la Constitución Nacional. No otra cosa se desprende de lo afirmado al pedir la prueba, en el sentido de que con ella pretende comprobar la ilegalidad del voto respecto "... de las personas que votaron en las mesas indicadas en las pretensiones...". (Fl. 39).

Quebrantaría también el principio de la seguridad del resultado electoral pretendido por el legislador al establecer la brevedad de los términos del proceso contencioso electoral.

Por lo que hace a la revocatoria de la providencia suplicada, en cuanto en ella se da por contestada la demanda, la Sala de Decisión encuentra que el escrito que obra a los folios 77 a 79 del expediente, presentado por el apoderado del demandante, reúne de manera general las prescripciones del artículo 144 del C.C.A., contrariamente a lo manifestado por el suplicante, pues además de haberse presentado oportunamente, contiene la expresión de los nombres de los demandados doctores Eduardo Enrique Tinoco Bossa y Alvaro Benedetti Vargas, una contestación –aunque breve a los cargos formulados en la demanda y en la corrección de la misma, la petición de pruebas en forma clara y precisa y proposición de "... excepciones de fondo que hacen improsperas..." las pretensiones, con invocación de jurisprudencia contenida en sentencia proferida en el expediente 0303, relacionada con la prevalencia del principio de la eficacia del voto. Y si bien es cierto que en el escrito de contestación de la demanda no se hace una exposición detallada y precisa sobre los hechos de la demanda, no lo es menos que algunos de ellos son aceptados expresamente –hechos 1o. y 2o.– y negados otros, lo que resulta suficiente si se tiene en cuenta que corresponde probar los hechos al actor. En cuanto a que en la contestación de la demanda no se indica el

domicilio y residencia de los demandados y los de su apoderado, este hecho carece de importancia en este caso concreto, toda vez que por pretender la demanda la declaratoria de nulidad de actas de escrutinio, de prosperar ésta habría lugar a practicarse nuevo escrutinio, por lo que la notificación del auto admisorio de la demanda se ordenó mediante la publicación del edicto en dos periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral del Departamento de Bolívar, en el bien entendido de que son demandados "... todos los ciudadanos declarados elegidos..." por el acto de elección cuya nulidad se pretende. Con otras palabras, como la expresión en el escrito de contestación de la demanda del domicilio y residencia de "... la parte demandada..." tiene por objeto hacer posible la notificación de las distintas providencias, la publicidad del edicto en la forma anotada cumple esa finalidad, que es lo que aquí ocurre.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Confirmar el auto suplicado, proferido en este proceso el diez (10) de marzo del presente año.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al señor Magistrado conductor del proceso para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO–Ejecutividad/**PREJUDICIALIDAD**

Los actos que queden en firme serán suficientes por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. El hecho de haberse demandado en acción de nulidad los actos impugnados, no es argumento jurídico válido para alegar una condición suspensiva que impida el trámite del proceso ejecutivo, por una supuesta inexigibilidad de las obligaciones, cuando la ley precisa el momento en que adquieren firmeza y tienen carácter ejecutivo y ejecutorio los actos administrativos. Los fundamentos del recurso bien pueden servir de sustento a la figura de la prejudicialidad, más no como argumento tendiente a enervar la acción ejecutiva.

MEDIDAS CAUTELARES–Cumplimiento/**CAUCION**–Improcedencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 327 del C. de P. C. las medidas cautelares son de cumplimiento inmediato, es decir, antes de la notificación bien sea personal o por estado a la parte contraria del auto que las decrete, notificación que se surte el día en que dicha parte actúe en ellas, firme la diligencia o se apersone en el proceso. Siendo la entidad administrativa demandante, juez y parte en el cobro por jurisdicción coactiva, resulta improcedente que deba constituir bajo sus propias órdenes caución para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares; pues bien es sabido que la administración responde por sus actos, hechos u omisiones mediante los procedimientos previstos en la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0199. Jurisdicción Coactiva. Partes: La Nación C/ Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "Granahorrar".

Decídense los recursos de apelación interpuestos como subsidiarios al de reposición por el apoderado de "GRANAHORRAR", contra los autos en que se decretó el mandamiento de pago y el embargo de bienes en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales en providencia de fecha veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), (fl. 46), ordenó a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "GRANAHORRAR" pagar al Tesoro Nacional la suma de veintisiete millones novecientos cuarenta y cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro pesos con noventa y seis centavos moneda corriente ($27.944.754.96), más los intereses y costas que se causaren.

La anterior medida la adoptó el Juzgado con base en las resoluciones Nos. 1620 de mayo 9; 3697 de octubre 5; 3833 de octubre 12 y 4274 de noviembre 21, todas de 1990; mediante las dos primeras la Superintendencia Bancaria impuso sanciones pecuniarias a GRANAHORRAR, y por las segundas, respectivamente, se confirmaron las anteriores al resolverse recurso de reposición interpuesto por la firma sancionada. Los antecitados actos administrativos conforman el título complejo con mérito ejecutivo.

En providencia aparte pero de la misma fecha del auto de mandamiento de pago, la División de Ejecuciones Fiscales decretó el embargo de los saldos a favor de la ejecutada en el Banco de la República, limitando la medida a la suma de veintinueve millones seiscientos mil pesos moneda corriente ($29.600.000.oo).

Según auto que obra a folio 55 fte, la Dirección General de Apoyo Fiscal, división de cobro de la oficina regional de Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del proceso y en diligencia del tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), (fl. 67), a través de apoderado, hizo notificación personal de la orden de pago a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, persona jurídica que en tiempo, debidamente representada por el mismo mandatario judicial presentó dos escritos así:

Mediante el primero interpone recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra la medida ejecutiva de pago y por el segundo formula los mismos recursos contra el decreto de embargo.

En su orden los sustenta afirmando:

a) Que el mandamiento de pago se libró con fundamento en un título que no presta mérito ejecutivo porque no es exigible ya que de los actos administrativos que lo integran se demandó su nulidad ante el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, procesos que se hallan en curso, por tanto, la exigibilidad de las obligaciones están condicionadas al fallo que profiera el ente jurisdiccional citado, "pues es claro que en el evento de que las pretensiones de la demanda prosperen al declararse la nulidad de los actos administrativos aludidos, no podría adelantarse el proceso ejecutivo correspondiente".

b) Que el día 24 de mayo de 1991 el apoderado de la firma demandada, concurrió a la secretaría de la División con el ánimo de acompañar sendos memoriales y póliza judicial en los términos del artículo 519 del C. de P. C., y no le fueron recepcionados inexplicablemente. El 27 de mayo siguiente a las 9 a.m. y con el fin de evitar embargos presentó póliza judicial por valor de veintisiete millones novecientos cuarenta y cuatro mil setecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y seis centavos moneda corriente ($27.944.759.96), la que tampoco le fue recibida.

El auto que ordenó el embargo no fue notificado conforme lo dispone el artículo 321 del C. de P. C., no se dió cumplimiento a los numerales 5 y 6 del artículo 513 del mismo código citado, pues la administración profirió mediante autos separados y no en forma simultánea mediante una misma providencia la orden de embargo...".

La medida de embargo se decretó sin previa constitución de la caución consagrada en el numeral 10 del artículo 513 del C. de P.C., razones que según estima el recurrente lesionan gravemente el debido proceso y el derecho de defensa consagrado en la Constitución y la ley, solicitando con fundamento en ellas, la revocatoria del auto impugnado para que en su lugar se acepte la póliza judicial presentada por el mismo y se ordene el levantamiento de la medida cautelar.

Durante el término del traslado al sustentar el recurso en esta instancia, el Procurador Judicial de GRANAHORRAR reitera los planteamientos anteriores y transcribe textualmente el artículo 519 del C. de P. C., modificado por el decreto 2282 del 7 de octubre de 1989 y los artículos 47 y 48 del Decreto 2651 de 1991, para demostrar que las garantías señaladas para impedir o levantar embargos y secuestros en ejecuciones fiscales, pueden ser de seguros bancarios, títulos de deuda pública o similares constituídos en Corporaciones de Ahorro y Vivienda y Cajas de Ahorro legalmente autorizadas y concluye solicitando que se acepten las que en tal sentido fueron ofrecidas por GRANAHORRAR.

CONSIDERACIONES

Auto de mandamiento de pago apelado

Fué librado según alega el recurrente con base en un título que no es exigible y por lo tanto no presta mérito ejecutivo, porque las obligaciones contenidas en los actos administrativos que lo integran, en su exigibilidad, están condicionadas al fallo que profiera el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con dichos actos, pues, si prosperan las pretensiones no podría adelantarse el proceso ejecutivo correspondiente, presentándose el caso de sentencias judiciales contradictorias.

Los argumentos del recurrente carecen de asidero legal por las siguientes razones:

Al concluir los procedimientos administrativos, los actos de esta misma naturaleza, adquieren firmeza:

a.– Cuando contra ellos no proceda ningún recurso;
b.– Los interpuestos se hayan decidido;
c.– No se interpongan y
d.– Cuando haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos.
Art. 62 C.C.A.

De acuerdo con el artículo 64 ibídem, los actos que queden en firme serán suficientes por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

Concordante con las anteriores disposiciones, el artículo 68 del mismo código prescribe que todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una Entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, presta mérito ejecutivo siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En el caso *sub-exámine*, las resoluciones Nos. 1620 de mayo 9 y 3697 de octubre 5 de 1990, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso sanciones pecuniarias a GRANAHORRAR fueron confirmadas siguiendo el mismo orden por las resoluciones Nos. 3833 de octubre 12 y 4274 de noviembre 21 de 1990, al resolver recursos de reposición interpuestos por la parte demandada, o sea, que al decidirse los recursos quedó agotada la vía gubernativa adquiriendo firmeza dichos actos y revestida de facultades la administración para exigir, por el procedimiento coactivo, el cumplimiento de las obligaciones en ellos contenidas, por ser aquéllas claras, expresas y contrariamente a lo afirmado por el recurrente exigibles.

El hecho de haberse demandado en acción de nulidad las prenombradas resoluciones, no es argumento jurídico válido para alegar una condición suspensiva que impida el trámite del proceso ejecutivo, por una supuesta inexigibilidad de las obligaciones, cuando las normas antecitadas de manera tan clara y precisa señalan el momento en que adquieren firmeza y tienen carácter ejecutivo y ejecutorio los actos administrativos.

Los fundamentos del recurso de apelación del auto de mandamiento ejecutivo, bien pueden servir de sustento a la figura de la prejudicialidad consagrada en los artículos 170 y 171 del C. de P. C., más no como argumento tendiente a enervar la acción ejecutiva alegándose falta de uno de los requisitos, en este caso la inexigibilidad de las obligaciones contenidas en los actos administrativos que conforman el título ejecutivo en este proceso.

Auto de medidas cautelares apelado

Se aducen las siguientes razones en la sustentación del recurso:

1.– Que el auto no fue notificado por estado conforme lo señala el artículo 321 del C. de P. C.

Al respecto la Sala observa, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 327 ibídem, las medidas cautelares son de cumplimiento inmediato, es decir, antes de la notificación bien sea personal o por estado a la parte contraria del auto que las decrete, notificación que se surte el día en que dicha parte actúe en éllas, firme la diligencia o se apersone en el proceso. Al dictar el decreto de embargo y comunicarlo al Banco de la República, la Administración no actuó por fuera del contexto de la norma especial citada que regula el cumplimiento y notificación de las medidas cautelares, por eso carece de fundamento la invocación que hace el recurrente del artículo 321 que es norma de carácter general.

2.– Inobservancia de los numerales 5 y 6 del artículo 513 del C. de P. C., al proferir la administración mediante autos separados el mandamiento de pago y decreto de embargo, aduciéndose que no hubo simultaneidad porque ambas medidas han debido adoptarse en una misma providencia.

Se confunde el recurrente al entender que al emplear la norma invocada el término "simultáneamente" se está refiriendo a que tanto el mandamiento ejecutivo, como los embargos y secuestros solicitados, deben resolverse en un mismo auto, es decir, deben converger esas decisiones en un sólo acto, cuando de acuerdo a nuestro diccionario de la lengua española, esa cualidad se aplica a hechos que suceden al mismo tiempo, simultáneamente, no interesa que sean separados.

Los autos de mandamiento de pago (fl. 46) y decreto de embargo de unas sumas de dinero (Fl. 49), fueron dictados ambos, el 27 de mayo de 1991, o sea que con relación a esta fecha los pronunciamientos fueron simultáneos, por tanto, contrariamente a los afirmados por el recurrente, el Despacho del conocimiento si cumplió los requisitos previstos en los numerales 5 y 6 del artículo 513 citado.

3.– La medida de embargo se decretó sin previa constitución de la caución señalada en el parágrafo 10, artículo 513 del C. de P. C.. La Sala a este respecto considera que siendo la entidad administrativa demandante, juez y parte en el cobro por Jurisdicción Coactiva, resulta improcedente que deba constituír bajo sus propias ordenes caución para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares; pues bien es sabido que la administración responde por sus actos, hechos u omisiones mediante los procedimientos previstos en la ley.

4.– Finalmente, aduce el recurrente que además de ser ilegal por las razones antes expuestas el auto de medidas cautelares, lesiona gravemente el debido proceso y el derecho de defensa de la Corporación GRANAHORRAR, al no aceptarse la póliza judicial que por valor de veintisiete millones novecientos cuarenta y cuatro mil setecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y seis centavos moneda corriente ($27.944.759.96), presentó en dos ocasiones, esto es los días 24 y 27 de mayo ante la secretaría de Ejecuciones Fiscales, sin que le fuera recibida al igual que varios memoriales.

Al sustentar el recurso ante esta corporación, se refiere nuevamente a la actitud que considera injustificada de los funcionarios al no recepcionar la póliza, toda vez que el artículo 519 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 y los artículos 47 y 48 del decreto 2651 de 1991 autoriza en la ejecución por deudas fiscales constituír garantía no sólo en dinero, sino también a través de Bancos, pólizas de seguros, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término, etc.

En relación con este punto, la Sala advierte que la Corporación demandada, a través de su apoderado, no cumplió el procedimiento legal que consagra el mismo artículo 519 del C. de P. C., para su aplicación por parte del juez del conocimiento.

Ese procedimiento consiste como expresamente lo señala la norma, en que el ejecutado debe *pedir* que no se le embarguen ni secuestren bienes, petición que debe dirigirse por escrito ya que el juez debe resolverla mediante auto aceptándola o negándola; si lo primero, señala el monto de la garantía y el término dentro del cual debe consignarse o prestarse, término que no podrá ser inferior a cinco (5) días ni superior a veinte (20), contados desde la ejecutoria del auto que decida la solicitud ejecutoria que empieza a correr a

partir del día siguiente al de la notificación por estado y dentro de la cual procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo. (subraya la Sala).

Como se puede apreciar, en la aplicación del artículo 519 hay que agotar una etapa procesal a instancias del ejecutado, quien se limitó sin previa solicitud, a presentar *motu proprio* una póliza por el valor señalado como capital en el auto de mandamiento de pago, inobservando la preceptiva de dicha norma. En el expediente no hay constancia que indique lo contrario.

Ahora bien, al descorrer el traslado el recurrente afirma que el 5 de febrero del año en curso y con el fin de garantizar el pago de las sanciones, presentó ante la Dirección de Apoyo Fiscal, el título de deuda pública No. 162 constituído a favor de la Nación por veintinueve millones seiscientos mil pesos moneda corriente ($ 29.600.000.oo), suma equivalente al valor de la limitación del embargo.

Pero al igual que el caso anterior, no se observó ningún procedimiento; además, no hay constancia de que hubiera desistido de la apelación y la fecha del título de deuda pública coincide con la constancia de recibo del expediente en la secretaría de la Sección.

Se tiene entonces que al no tener vocación de prosperidad los recursos de apelación, serán denegados.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase el auto de mandamiento de pago fechado el 27 de mayo de 1991, proferido por la División Primera de Ejecuciones Fiscales.

SEGUNDO: Confirmar el auto de fecha 27 de mayo de 1991, mediante el cual, la citada oficina de Ejecuciones Fiscales decretó el embargo de saldos en el Banco de la República a favor de GRANAHORRAR.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de M., Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

	Págs.
ABSALON GARTNER TOBON	706
AEROAGRICOLA EL PIJAO LTDA.	898
ALBERTO PRADILLA BERMUDEZ	29–363
ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CALDAS "ALCALDAS S.A."	9
ALFONSO DORADO Y OTROS	325
ALFREDO MOLINA LINCE	391
ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.	944
ANA LUCIA ESTRADA DE MESA	909
ANA OCHOA DE PEDRAZA Y OTROS	524
ANIBAL CASTELLANOS Y OTROS	73
AQUILES EDUARDO FONTALVO BAQUERO	217
ASESORES FINANCIEROS S.A.	627
ATLANTIC MINERALS AND PRODUCTS CORPORATION	873
AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN	1105
AVIONES DE COLOMBIA S.A.	833
BAKER TRANSWORLD INC.	404
BANCO CAFETERO	724
BANCO DEL COMERCIO	803
BAYARDO DEL SOCORRO TELLEZ BERNAL	950
CADENALCO	663
CARLOS ALBERTO HERNANDEZ	1089
CARLOS ARTURO CARDONA Y CIA. S. en C.	904
CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A.	605
CELULOSA Y PAPEL DE COLOMBIA –PULPAPEL–	960
CENELIA OCAMPO Y OTROS	168
COLOMBIANA DE ASESORIAS E INVERSIONES S.A.	712
COLOMBIANA DE DROGAS LTDA.	911

COLOMBIANA DE TABACO S.A. 845
COMESTIBLES LA ROSA S.A. 750
COMFENALCO 818
COMPAÑIA FRIGORIFICA DEL CAUCA 789
CONFECCIONES URSULA LTDA. 955
CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL 782
DANIEL SEVILLA CASAS 1078
DISTRITO CAPITAL SANTAFE DE BOGOTA 987, 995, 1014, 1021, 1041, 1048
DORA MARIÑO FLOREZ 50
EFRAIN ALBERTO VARELA NORIEGA 992
ELDA LUZ ORREGO AGUDELO Y OTROS 437
FABIOLA ARIZA DE LEON 500
FELIX HOYOS LEMUS 650
FLEXON S.A. 937
FRANCISCO ELADIO GOMEZ 278
GENERAL ELECTRIC DE COLOMBIA 641
GINNER GENNER JIMENEZ MONTERROZA Y OTROS 467
GUIDO QUINTANA OROZCO 598
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO 650
GUILLERMO LEON CERRO SANTIS 841
HERIBERTO RAMIREZ Y OTROS 236
HUGO ESCOBAR SIERRA 981
HUMBERTO EMILIO RAMIREZ ARANGO 927
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO "IDU" 999
INDUSTRIAS TECNOCONCRETO DE COLOMBIA S.A. 863
INGENIERIA Y CONSTRUCCION LTDA. 368
INVERSIONES JIMENEZ URREA LTDA. 696
JAIME ALARCON GRANADOS 759
JAIRO HERRERA MAYA 131, 135
JORGE EUGENIO FERRO TRIANA 1061
JORGE LUIS CARREÑO GIL 413
JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ 894
JOSE MARIA DEL CASTILLO 50
JUAN JAIME SALDARRIAGA RUIZ 458
LA NACION 971, 975, 1002, 1074, 1083, 1111
LEONELA QUIMBAYO SANZ Y OTROS 88, 115
LEOPOLDINA POSSO DE POSSO 616
LUIS ALBERTO FIGUEROA DIAZ Y OTROS 252
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 1007
LUIS CARLOS AREVALO MENDOZA 192
LUIS MARIO DUQUE C. 734, 741, 746, 918
MARIA ALEXIA ARANGO G. Y OTROS 478
MARIANA BARAZZUTTI CHIAPOLINO 180
MARTHA CECILIA FORERO GALAN 756
MERCEDES LEON DE PARADA Y OTROS 381

MUNICIPIO DE TOLUVIEJO 586
OFELIA ADARVE Y OTROS 494
OFELIA MEDINA DE MACIAS 830
OLGA SOFIA SOTO MENTESINO 1033
PROCESADORA DE LECHES S.A. 851
PROMOTORA DE INVERSIONES SANTAFE LTDA. 811
RAFAEL MARIO ZAPATA TORRES 636
RAPIDO HUMADEA LTDA. 765
RICARDO AGUILAR DIAZ 923
RICARDO AUGUSTO RAMIREZ OSPINA 709, 738
RODRIGO GARCIA CAICEDO 1094
SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. 824
SEGUROS TEQUENDAMA 513
SOCIEDAD CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA. 137
SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. 775
SOCIEDAD DE LIMA Y CIA. LTDA. 886
SOCIEDAD RAUL VALDERRAMA Y ASOCIADOS 64
TEOFILO NABOR SARRIA GARCIA 579
WILLIAM GIRALDO GIRALDO 1027

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

SECCION TERCERA

A

ACCION DE REPARACION DIRECTA: 524
ACCION DE REPARACION DIRECTA– Improcedencia: 458
ACTIVIDAD PELIGROSA: 437
ACTO CONTRACTUAL: 579
ACTO DE ADJUDICACION: 131
ACTO DE ADJUDICACION– (Salvamento de Voto): 135
ACTO PRECONTRACTUAL: 391
AGENCIAS EN DERECHO– Improcedencia: 168
APORTE: 137
AUTORIDAD DE TRANSITO: 437

C

CADUCIDAD: 524
CARGA DE LA PRUEBA: 513
CONCEJO MUNICIPAL– Facultades: 217
CONCUBINATO: 478
CONDENA EN ABSTRACTO– Actualización: 363
CONDENA EN COSTAS– Improcedencia: 179

CONSCRIPTO: 73
CONTINENCIA DE LA CAUSA: 64
CONTRABANDO– Inexistencia: 413
CONTRATO ADICIONAL– Improcedencia: 368
CONTRATO ADMINISTRATIVO: 217
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Prórroga: 368
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Régimen aplicable: 217
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: 437, 458, 579

D

DAÑO CIERTO: 325
DEMANDA– Interpretación: 458, 579
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS: 236

E

EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO: 458, 605
ESTADO CIVIL DE CASADO: 616
EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO– Improcedencia: 368
EXPLOTACION DE CARBON: 137
EXPLOTACION DE MINAS: 278

F

FALLA DEL SERVICO DE ADUANAS– Inexistencia: 413
FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE: 9
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO: 88
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 73, 118, 252, 325, 413, 467
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA– Custodia: 192
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA– Desaparición: 168
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA– Detención: 616
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO: 437
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO: 381
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO: 88

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO– Inexistencia (Salvamento de Voto): 115
FALLA DEL SERVICIO MEDICO: 179, 478, 500, 524
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION: 381
FALLA DEL SERVICIO POR RETARDO: 524
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA– Arma Oficial: 73
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA– Vehículo Oficial: 236
FALTA GRAVE (Salvamento de Voto): 115
FONDO VIAL NACIONAL– Funciones: 437
FRAUDE A LA LEY: 137
FUERZA MAYOR– Improcedencia: 381

G

GAS PROPANO GLP: 50

H

HECHO DE UN TERCERO– (Salvamento de Voto): 209
HECHO DEL PRINCIPE: 605
HEREDERO: 598
HIDROCARBUROS: 50, 404
HIJO EXTRAMATRIMONIAL– Reconocimiento: 252

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 586
INDEMNIZACION DE PERJUICIO: 131
INDICIOS: 118
INTRA– Funciones: 437

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA: 513, 598
LEGITIMACION POR ACTIVA: 598

LEGITIMACION POR PASIVA: 437, 524
LICENCIA DE EXPLOTACION: 137
LIQUIDACION DE CONDENA: 363
LIQUIDACION DE CONDENA– Aceptación: 28
LIQUIDACION DE CONDENA– Fundamento: 28

LL

LLAMAMIENTO EN GARANTIA: 64, 524

M

MINISTERIO DE MINAS– Obligaciones: 278
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS– Funciones: 437
MULTA: 404

N

NOMBRE COMERCIAL: 513
NUEVA FORMULACION DE DEMANDA: 586
NULIDAD ABSOLUTA– Improcedencia: 217

O

OBLIGACION DE MEDIO: 179, 500, 524
OBLIGACION DE RESULTADO: 616

P

PATRIA POTESTAD: 236
PERJUICIOS A TERCEROS: 478
PERJUICIOS MATERIALES: 73
PERJUICIOS MATERIALES– Improcedencia: 325
PERJUICIOS MATERIALES– Inexistencia: 179
PERJUICIOS MORALES– Distribución: 252

PERJUICIOS MORALES– Tasación: 179
PERJUICIOS MORALES A COMPAÑERO PERMANENTE– Improcedencia: 325
PERJUICIOS MORALES A CONCUBINA: 252
PERJUICIOS MORALES A TERCEROS: 252
PERJUICIOS MORALES A TERCEROS– Improcedencia: 325
PLIEGO DE CONDICIONES: 605
POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites: 50
PREJUDICIALIDAD: 494
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 579
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: 28
PRINCIPIO DE LA BUENA FE: 391
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: 494
PRUEBA: 616
PRUEBA TRASLADADA: 252

R

RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTES: 586
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: 391
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO– Régimen aplicable: 381

S

SENTENCIA PENAL– Valor probatorio: 252
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO: 278
SUBROGACION: 513
SUCESION: 598
SUSPENSION DEL PROCESO– Improcedencia: 494
SUSPENSION PROVISIONAL (Salvamento de Voto): 135
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 131

T

TERMINO LEGAL– Cómputo: 524
TRANSACCION– Improcedencia: 236

V

VACANCIA JUDICIAL: 524

SECCION CUARTA

ACCIONES– Valor patrimonial: 712
ACTIVO– Valor patrimonial: 712
ACTO ADMINISTRATIVO– Inexistencia: 922
ACTUACION ADMINISTRATIVA: 627
ADMINISTRACION TRIBUTARIA: 863
APORTES PARAFISCALES: 764, 937
AUTO INTERLOCUTORIO: 909
AUXILIO DE TRANSPORTE– Naturaleza: 937

B

BASE GRAVABLE: 650
BENEFICIO DE AUDITORIA– Requisitos: 627

C

CALCULO ACTUARIAL: 960
CASO FORTUITO– Inexistencia: 911
CAUCION: 841
CERTIFICACION CONTABLE: 663, 764
CERTIFICACION CONTABLE– Ineficacia: 851, 863
CERTIFICACION CONTABLE– Valor probatorio: 696
CHEQUE– Negociabilidad: 756
CIRCULAR DE SERVICIO: 922

CITACION: 775
COMPENSACION: 759
CONTABILIDAD– Valor probatorio: 696
CONTABILIDAD POR CAUSACION: 873
CONTADOR PUBLICO: 663
CONTRIBUCION DE VALORIZACION: 706
CONTRIBUYENTE: 27
CONTRIBUYENTE– Deberes Formales: 873
COSA JUZGADA: 845
COSTOS– Causación: 873
COSTOS– Rechazo: 764
CUENTA CORRIENTE DEL IVA– Presentación: 851

D

DECLARACION TRIBUTARIA: 955
DECLARACION TRIBUTARIA– Presentación: 789
DEDUCCION: 759
DEDUCCION– Improcedencia: 641
DEDUCCION– Requisitos: 663, 886
DEDUCCION POR APORTES: 937
DEDUCCION POR PENSIONES DE JUBILACION: 960
DEDUCCION POR REGALIAS: 863
DEDUCCION POR SALARIOS: 764, 937
DEMANDA– Adecuación: 922
DEMANDA– Interpretación: 811
DEMANDA– Requisitos: 811, 922, 937
DERECHOS ADQUIRIDOS: 898
DERECHOS DE ADUANA: 650
DESCUENTO TRIBUTARIO: 898
DEVOLUCION: 944
DIFERENCIA EN CAMBIO– Improcedencia: 873
DIRECCION PARA NOTIFICACIONES– Cambio: 833
DOCUMENTO EQUIVALENTE: 818, 927
DOCUMENTOS– Ineficacia: 863, 886

E

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES: 937
ERGA OMNES: 845
ERROR ARITMETICO: 955
ERROR ARITMETICO– Improcedencia: 904
ERROR ARITMETICO– Inexistencia: 750
ERROR DE TRANSCRIPCION: 955

F

FACTURA: 818, 927
FACTURA– Documento Equivalente: 927
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL: 709, 738, 741, 746, 894, 918
FUERZA MAYOR– Inexistencia: 911

G

GASTOS– Causación: 873

I

IMPEDIMENTO: 789
IMPORTACIONES: 650
IMPUESTO A CASINOS: 741
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS: 741
IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS: 894
IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS: 918
IMPUESTO DE IMPORTACION: 650
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 894
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO– Popayán: 734, 894
IMPUESTO DE TIMBRE: 886
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 750
IMPUESTO SOBRE LA RENTA: 641, 663, 759, 764, 841, 886, 937, 960

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS: 650, 851, 944
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS– Contabilización: 851
INFORMACION TRIBUTARIA– Inexistencia: 873
INGRESO DIFERIDO: 636
INGRESOS DE FUENTE NACIONAL: 641
INGRESOS– Adición: 873
INGRESOS– Causación: 873
INSPECCION TRIBUTARIA: 663
INTERES MORATORIO: 863
IRRETROATIVIDAD DE LA LEY: 818

J

JUEZ FALLADOR– Inexistencia (Aclaración de Voto): 800

L

LEY EN EL TIEMPO: 845, 898
LEY ESPECIAL: 663
LEY PENAL– Inaplicabilidad: 663
LEY PENAL– Inaplicación: 802
LIBROS DE CONTABILIDAD– Atraso: 911
LIBROS DE CONTABILIDAD– Ineficacia: 663
LIBROS DE CONTABILIDAD– Registro: 764
LIBROS DE CONTABILIDAD– Valor probatorio: 696
LIQUIDACION DE CORRECCION: 904
LIQUIDACION DE REVISION: 764, 824, 950
LIQUIDACION OFICIAL: 775
LIQUIDACION OFICIAL– Requisitos: 750
LIQUIDACION PRIVADA– Firmeza 782
LIQUIDACION PRIVADA– Modificación: 950

N

NOTIFICACION POR EDICTO: 775

NOTIFICACION POSTAL: 782
NOTIFICACION POSTAL– Inexistencia: 775
NULIDAD PROCESAL– Inexistencia: 789

O

OBLIGACION TRIBUTARIA– Consolidación: 712

P

PAGO: 886
PAGO PREVIO– Improcedencia: 789
PARTES– Designación: 811
PENSION SANCION: 960
PERDIDA COMERCIAL: 759
PERJUICIOS MORALES– Improcedencia: 789
PERSONA JURIDICA: 789
POLICIA ADMINISTRATIVA: 663
PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA: 712, 873
PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 706, 709
PROVISION NO DEDUCIBLE: 641
PRUEBA CONTABLE– Ineficacia: 663, 696, 764, 851, 863
PRUEBA CONTABLE– Valoración: 696

Q

QUORUM DECISORIO: 789

R

RECURSO DE RECONSIDERACION; 950
RECURSO DE REPOSICION: 909
RECURSO DE SUPLICA: 909
RECURSOS: 775

RECURSOS– Improcedencia: 627
REGALIAS: 663
REGISTRO CONTABLE: 944
RENTA DE TRABAJO: 759
REQUERIMIENTO ESPECIAL: 663
REQUERIMIENTO ESPECIAL– Respuesta: 824
RESPONSABLE– Obligaciones: 851
RESTITUCION DE TERMINOS: 782
RETENCION EN LA FUENTE: 764, 863
RETENCION EN LA FUENTE– Aplicación: 636
RETENCION EN LA FUENTE– Efectos: 937
RETENCION EN LA FUENTE– Improcedencia: 641
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO– Efectos: 830

S

SALDO A FAVOR: 944
SANCION ADMINISTRATIVA: 802
SANCION CAMBIARIA: 802
SANCION PENAL: 802
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD: 789
SANCION POR LIBROS: 663, 911
SANCION POR LIBROS– Procedimiento: 724
SANCION POR NO EXPEDIR FACTURA– Improcedencia: 818
SANCION TRIBUTARIA– Régimen aplicable: 663
SENTENCIA DE NULIDAD– Efectos: 845
SENTENCIA INHIBITORIA: 922
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO: 775
SILENCIO ADMINISTRATIVO PROCESAL: 775
SOCIO: 950
SUSPENSION PROVISIONAL: 738, 746, 756, 918
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 706, 734
TARIFA: 734
TRANSITO CONSTITUCIONAL: 922
TRASLADO DEL ACTA CONTABLE: 724

V

VACACIONES– No deducibilidad: 641
VALORIZACION NOMINAL: 712
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento: 830

SECCION QUINTA

A

ACCION ELECTORAL: 1007
ACCION ELECTORAL– Objeto: 1089
ACTO DE ELECCION: 1089
ADQUIRENTE: 1041

C

CAUCION: 1083
CAUCION– Fijación: 1048
CAUCION– Improcedencia: 1111
COMPETENCIA FUNCIONAL– Determinación: 1027
CONCEJO MUNICIPAL: 1007
CONCEJO MUNICIPAL– Facultades: 1078
CONDONACION– Improcedencia: 1041
CONGRESISTA– Inhabilidades: 981
CONTRALOR MUNICIPAL– Nombramiento: 1078

D

DEMANDA– Oportunidad (Salvamento de Voto): 1070
DEMANDADO: 1061, 1094
DEMANDANTE: 1061, 1094

DERECHO DE DEFENSA: 1041
DEROGATORIA TACITA: 1007
DOLARES: 48

E

ESTABLECIMIENTO COMERCIAL: 1041
EXCEPCIONES: 1014 , 1074
EXCEPCIONES– Limitación: 971

F

FIJACION EN LISTA: 1061, 1094

I

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS: 1027
IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y AVISOS: 987
IMPUGNACION– Término: 995
INSCRIPCION– Irregularidad: 992
INSCRIPCION DE CEDULAS– Requisitos: 1105
INSPECCION JUDICIAL– Improcedencia: 1105

J

JUICIO EJECUTIVO: 1048
JURISDICCION COACTIVA: 1041
JURISDICCION COACTIVA– Diferencias: 1083
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 1083

M

MANDAMIENTO DE PAGO: 1021, 1074
MEDIDAS CAUTELARES– Cumplimiento: 1111
MEDIDAS CAUTELARES– Decreto: 995

N

NOTIFICACION: 995
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE: 1021

O

OBLIGACION ADUANERA: 1074

P

PREJUDICIALIDAD: 1111
PESO COLOMBIANO: 1048
PRESCRIPCION: 1014, 1074
PRESCRIPCION– Exigibilidad: 987
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 1041
PRESUPUESTO MUNICIPAL: 1027
PRINCIPIO DE CELERIDAD: 1007, 1033
PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD: 1105
PRINCIPIO DE IGUALDAD (Salvamento de Voto): 1070
PROCESO ELECTORAL: 1027, 1033
PROCESO ELECTORAL (Salvamento de Voto): 1070
PRUEBAS– Oportunidad: 1033, 1061, 1094
PRUEBAS– Práctica (Salvamento de Voto): 1070
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA– Improcedencia: 1007

R

REGLAMENTO INTERNO– Vigencia: 1007
REMISION: 975
REPRESENTANTE LEGAL: 995
RESPONSABILIDAD DE SOCIOS: 995
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA– Improcedencia: 975

S

SENTENCIA– Aclaración: 999
SOCIEDAD: 995
SOCIEDAD ENCOMANDITA: 995
SOCIOS: 995
SUSPENSION DEL PROCESO– Improcedencia: 1048
SUSPENSION PROVISIONAL: 981
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 992

T

TITULO EJECUTIVO: 971, 995
TITULO EJECUTIVO– Ejecutividad: 1041, 1111
TITULO EJECUTIVO– Exigibilidad: 1014
TITULO EJECUTIVO– Firmeza: 1002



CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

DECRETOS DEL GOBIERNO

	Págs.
DECRETO REGLAMENTARIO 628 DE 28 DE FEBRERO DE 1985 (Anulado)	650
DECRETO 3312 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1985; aparte (Anulado)	650
DECRETO REGLAMENTARIO 2314 DE 9 DE OCTUBRE DE 1989; aparte del artículo 17	636
DECRETO REGLAMENTARIO 2613 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1989 (Anulada)	50

RESOLUCIONES

RESOLUCION 8399 DE SEPTIEMBRE DE 1986, expedida por el Ministerio de Obras Públicas	706

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 15 DE 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá; aparte del artículo 18, aparte del artículo 19 (Suspendido)	918

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 07 DE 27 DE FEBRERO DE 1987, expedido por el Concejo Municipal de Pereira; artículo 1o. (Suspendido)	746
ACUERDO 041 DE 21 DE DICIEMBRE DE 1990, expedido por el Concejo Municipal de Barrancabermeja; aparte (Suspendido)	738

ACUERDO 051 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1990, expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca-Santander; artículo 415 (Suspendido) 709

ACUERDO 21 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Popayán; artículos 2o. y 3o. (Confirma Suspensión) 741

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 117 DE 23 DE DICIEMBRE DE 1990, expedido por el Alcalde Mayor de Popayán; artículos 27 y 28 Código 3-03-03 (Revoca Suspensión) 734

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 1993
en los Talleres Gráficos de
CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.
Cra. 4a. No. 25B-50
Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia